Grenzen bei der Festsetzung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

(A. G. B.)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

David Thormann
Referendar

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1929

Referent: Herr Professor Dr. Giesekе.

Meinen Eltern gewidmet.

Inhalt.

Seite

A. Einleitung 9

B. Ausführung. I. Hauptteil: Begriff und Bedeutung von AGB. 10

§ 1. Der Begriff 10

§ 2. Zustandekommen von Verträgen auf der Basis von AGB. 12

II. Hauptteil: Grenzen, die das positive Recht der Festsetzung von AGB. zieht.

A. Grenzen, die aus allgemeinen Bestimmungen herzuleiten sind 18

I. Das Verhältnis der AGB. zu den dispositiven Normen 18

1) § 3. Ohne Rücksicht auf Verkehrssitte und Handelsbräuche 18

2) Unter Berücksichtigung von Verkehrssitte und Handelsbrauch 21

§ 4. Das Problem 21

§ 5. Rechtliche Bedeutung des Handelsbrauchs 22

§ 6. Verhältnis des Handelsbrauchs zur Dispositivnorm 29

§ 7. Ergebnisse 33

II. Grenzen, die § 138 BGB. der Festsetzung von AGB. zieht 36

§ 8. Wann verstoßen AGB. gegen „die guten Sitten"? 36

§ 9. Der Kontrahierungszwang als Korrelat des Monopols und seine Bedeutung für das vorliegende Problem 41

Seite

B. Grenzen, die sich aus der Kartellverordnung ergeben.

I. § 10. Prüfung der einzelnen Vorschriften der Kartellverordnung auf ihre Bedeutung für das vorliegende Problem 46

II. § 10 der Kartellverordnung 51

§ 11. Die rechtlichen Voraussetzungen des § 10 der Kartellverordnung 51

§ 12. Folgen, die das Vorhandensein der durch § 10 geforderten rechtlichen Voraussetzungen nach sich zieht 55

§ 13. Verhältnis des § 10 der Kartellverordnung zu § 138 BGB. 57

C. Schluß.

§ 14. Der Zukunft überlassene Aufgaben hinsichtlich des behandelten Problems . . . 60

Literatur.

I. Kommentare, Lehrbücher und Aufsätze.

Biermann: Rechtszwang zum Kontrahieren in Iherings Jahrb. XXXII, S. 267 ff.

Breslauer-Tschierschky: System und Entwicklung des neuen Kartellrechts. Beiträge zur Kartellrundschau. 22. Bd., S. 15 ff. 1924.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des BGB. 2. Aufl. Mannheim u. Leipzig 1910.

Dowe: Handelsbräuche und typische Geschäftsbedingungen, in Jur. Wo. Bd. 45, S. 368.

Ehrlich: Das zwingende und nichtzwingende Recht. Jena 1899.

Eltzbacher: Die Unterlassungsklagen. 1906.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 25. bis 29. Aufl. 1926.

Friedländer: Kartellverordnung in Jur. Wo. 1924, S. 113 ff.

Derselbe: Die Interessengemeinschaft als Rechtsform der Konzernbildung. Berlin 1921.

Geisler: Das Gewohnheitsrecht als Quelle des geltenden Handelsrechtes. Leipzig 1904.

v. Gierke: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 2. Aufl. Berlin u. Leipzig 1926.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. Erlangen 1864.

Isay: Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht. Mannheim 1922.

Derselbe: Kontrahierungszwang für Monopole?, in Kartell-Rundschau 1929. Heft 7, S. 373 ff.

Isay-Tschierschky: Kartellverordnung 1925.

Jung: Das Problem des natürlichen Rechts. Leipzig 1912.

Keyßner: Geschäftsgebrauch und Handelsgebrauch. Beiträge zur Erläuterung des Preußischen Rechtes. 12. Jahrgang. S. 566 ff.

Krug: Die Grundsätze der Gesetzauslegung in ihrer Anwendung auf die neuen deutschen Strafgesetzbücher. Leipzig 1848.

Laband: Die Handels-Usanzen. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. 17. Band. S. 466 ff.

Liefmann: Kartell und Trust. 6. Aufl. 1924.
Lukas: Kartell und G. m. b. H. DJZ. 1924. S. 425 ff.
Derselbe: Der Zweck im Kartellrecht. Jur. Wo. 1924, S. 1119 ff.
Berichte der Kartellstelle Nr. 15.
Meyer: Der Handelsbrauch, insbesondere sein Verhältnis zu den dispositiven Gesetzesbestimmungen. Diss. Erlangen 1928.
Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag. Jena 1920.
Oertmann: Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig 1919.
Pfenninger: Uebung und Ortsgebrauch. Diss. Zürich 1911.
Planck: Kommentar zum BGB., 4. Aufl. Bd. II. 2. Hälfte. Berlin u. Leipzig 1928.
Schreiber: Handelsbräuche. Leipzig 1922.
Senckpiehl: Allgemeine Geschäftsbedingungen. Wiesbaden 1922.
Staub-Könige: III. Bd., Kommentar, 12.—13. Aufl. 1926.
Stein: Das Private Wissen des Richters.
Wedemeyer: Auslegung und Irrtum. Göttingen 1902.
Wimpfheimer: Kontrahierungszwang für Monopole, in Kartell-Rundschau 1929, Heft 1, S. 1 ff.

II. Sammlungen und Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes auf dem Gebiete des Zivilrechtes von Warneyer.
Seufferts Archiv.
Soergel: Rechtsprechung.

III. Zeitschriften.

Das Recht.
Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Iherings Jahrbücher des bürgerlichen Rechts.
Archiv für bürgerliches Recht.
Bankarchiv.
Berichte der Kartellstelle.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Kartellrundschau.

A. Einleitung.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit einem Problem, das zu den umstrittendsten Fragen in der Rechtswissenschaft Stellung zu nehmen zwingt. Es findet sich in unserem positiven Recht nur eine einzige Bestimmung, die eine direkte Grenze für die Festsetzung von AGB. bildet: der § 10 der Kartellverordnung. Aber auch diese Norm ist so weit gefaßt, enthält so dehnbare Begriffe, daß man bei ihrer Auslegung fortwährend auf Probleme stößt, die heute noch nicht in wünschenswerter Weise geklärt sind.

Angesichts dieser Verhältnisse ist es erforderlich, sich in der Ausarbeitung weitgehende Beschränkung aufzuerlegen. Um die gestellte Aufgabe klar durchzuführen, muß auf eine eingehende Stellungnahme zu manchen Streitfragen, die das zu behandelnde Problem streifen, verzichtet werden.

Aus demselben Grunde können unbestrittene Fragen nur berührt, muß in der Wissenschaft Bekanntes unerwähnt bleiben, obwohl sich vielfach der Anreiz bietet, eine zusammenfassende Darstellung auch dieser Verhältnisse dem Rahmen der Arbeit einzufügen.

Schließlich sei noch darauf verwiesen, daß der Arbeit die Absicht zugrunde liegt, zu Ergebnissen zu gelangen, die den Bedürfnissen der Wirtschaft in möglichst weitgehendem Maße Rechnung tragen. Es sind also immer wieder praktische Gesichtspunkte der Bearbeitung zugrunde gelegt aus der Auffassung heraus, daß diejenige juristische Konstruktion zu bevorzugen ist, die den Anforderungen des Lebens und den Anschauungen des Verkehrs am besten gerecht wird.

B. Ausführung.

I. Begriff und Bedeutung von A. G. B.

§ 1. Der Begriff: AGB.

Die moderne Wirtschaft ist auf Massenproduktion und daher auch auf Massenverkehr eingestellt. Große Unternehmungen müssen täglich eine Menge gleichartiger Verträge schließen. Eine sorgfältige Festsetzung des Vertragsinhaltes in jedem Einzelfalle würde aber der schnellen Abwickelung des Geschäftes hinderlich sein. Um hier Abhilfe zu schaffen, setzt der betreffende Unternehmer im voraus den von ihm gewünschten Vertragsinhalt ein für alle mal fest.

Diese kurze Darlegung bringt besser als eine Begriffsdefinition das Wesen der AGB. zum Ausdruck. Aus ihr ergibt sich:

1. AGB. werden einseitig festgesetzt.
2. Ihr Inhalt ist das generelle Angebot des Unternehmers, unter den in den AGB. enthaltenen Bedingungen Verträge abschließen zu wollen.
3. Aus dem Charakter der AGB. als eines generellen Angebotes zum Abschluß von Verträgen folgt, daß ein Vertrag auf ihrer Basis erst durch Annahme des Angebotes, die in irgendeiner Form zum Ausdruck gebracht sein muß, zustande kommt. Ist der Kontrahent mit den AGB. nicht einverstanden, will er dieses oder jenes geändert haben und tut seinen dementsprechenden Willen kund, so haben wir es gemäß § 150 II BGB. nunmehr mit einer Offerte von seiner Seite zu tun, die der Annahme durch den Unternehmer bedarf.

Indes ist diese Auffassung vom Wesen der AGB. nicht unbestritten. Es wird zugegeben, daß die AGB. in aller Regel diesen Inhalt haben. Sie sollen aber auch eine gänzlich andere Bedeutung haben können. So sagt Staub-Könige zu § 146 HGB. Anm. 17: „Eine andere Bedeutung gewinnen Geschäftsbedingungen, wenn das Einverständnis beider Teile über deren Inhalt nicht eine Auslegungsregel für künftige Abschlüsse aufstellen will, wie im ersten Falle, sondern wenn das Einverständnis über die Geschäftsbedingungen bereits den Abschluß eines selbständigen Vertrages enthält."

Zunächst ist unrichtig, wenn gesagt wird, durch AGB. sollten im ersten Falle Auslegungsregeln für künftige Abschlüsse aufgestellt werden. Eine Auslegungsregel deutet den Inhalt eines Vertrages, ist dagegen nicht Vertragsbestandteil. Die Absicht dessen, der AGB. aufstellt, geht aber gerade dahin, daß diese Vertragsinhalt selbst werden sollen. AGB. sind nicht bestimmt, eines Vertrages zu harren, dessen Inhalt sie deuten wollen, sondern dazu da, Bestandteil künftiger Verträge zu werden. Dieser Fall tritt mit Abschluß des Vertrages auf der Basis einseitig aufgestellten AGB. ein.

Eine andere Bedeutung sollen nach Staub AGB. haben, wenn die Parteien einen selbständigen Vertrag über die AGB. schließen, ehe es zum Abschluß von Einzelverträgen kommt. Der Zweck dieser Abrede ist, daß alle von den Parteien künftig zu schließenden Verträge die AGB. zum Inhalt haben sollen. Aber auch hier sind die AGB. zunächst einseitig festgesetzt worden in der Absicht, sie zum Inhalt aller künftigen Verträge zu machen. Auch hier werden sie zum Inhalt des Einzelvertrages entsprechend der Absicht dessen, der sie festsetzte. Ein Unterschied zwischen beiden Kategorien Staubs besteht daher nur insoweit, als im ersten Falle der Abschluß des Einzelvertrages mit der Einigung über die AGB. zusammenfällt, im zweiten Falle dagegen zunächst eine Einigung über die AGB. als solche stattfindet und dann bei Abschluß des konkreten Vertrages die Einigung darüber hinzukommt, daß jetzt ein Vertrag des früher verabredeten Inhalts geschlossen werden soll. Die Unterscheidung betrifft also die Art und Weise der Parteivereinbarung, durch welche die AGB. zum Inhalt eines

Vertrages jeweilig erhoben werden, berührt dagegen die oben gekennzeichnete Bedeutung der AGB. als solche nicht. Sie ist in beiden Fällen notwendig die gleiche.

§ 2. Zustandekommen von Verträgen auf der Basis von AGB.

Hält man sich den Begriff der AGB. als eines generellen Angebotes vor Augen, so bereiten die lebhaft umstrittenen Fragen, ob im Einzelfalle ein Vertrag auf der Basis AGB. zustande gekommen ist oder nicht, keine großen Schwierigkeiten mehr. Es kommen einfach die allgemeinen Grundsätze der §§ 146 ff. BGB. zur Anwendung.

Zweifellos ist also ein derartiger Vertrag vorhanden, wenn die Kontrahenten ausdrücklich die AGB. ihrem Vertrage zugrunde legten. Ob der Kontrahent in diesem Falle den Inhalt der AGB. gekannt hat, ist nicht von Belang.

Die Annahme kann ferner aus einer konkludenten Handlung zu entnehmen sein. Eine solche Handlung kann wie stets beliebig geartet sein. Entscheidend ist nur, daß irgendwie sich ergibt, der Wille der Parteien sei dahin gegangen, die AGB. dem Vertrage zugrunde zu legen.

Eine Vertragsannahme durch Stillschweigen gibt es im allgemeinen nicht. Auch ein Handelsbrauch, der gem. § 346 HGB. unter Kaufleuten zu berücksichtigen wäre, daß Stillschweigen allgemein als Genehmigung gelten soll, ist nicht vorhanden [1]). Dennoch gibt es nach übereinstimmender Ansicht in Wissenschaft und Rechtsprechung [2]) Fälle, in denen eine Nichterklärung als Zustimmung gewertet werden muß. Nur über die Frage, wann ein solcher Fall gegeben ist, herrscht Streit.

Generell wird man sagen können: Wenn ein Kontrahent genau weiß, daß ein bestimmtes Unternehmen grundsätzlich nur Verträge nach Maßgabe ihrer Geschäftsbedingungen schließt, so hat ein Vertrag, auf den er sich mit diesem Unternehmen einläßt, die AGB. zum Inhalt, vorausgesetzt, daß der Kontrahent nicht ausdrücklich andere Vorschläge macht [3]).

---

1) Staub-Könige a. a. O., Anm. 16.
2) Staub-Könige a. a. O., RG. **54** 180, **109** 309.
3) RG. **13** 76, **104** 41, **113** 425.

Das ist auch dann anzunehmen, wenn der Kontrahent den Umständen nach die bezeichnete Kenntnis haben mußte. In den § 122 II, 142 II, 179 III Satz 1, 932 II und vielen anderen Vorschriften des BGB. ist dem Kennen das Kennenmüssen gleichgestellt. In diesen Normen hat ein allgemeines Prinzip des Gesetzes seinen Niederschlag gefunden[4]). Es muß daher überall angewandt werden, wo die Sachlage der in den genannten Bestimmungen geregelten gleichartig ist. Alle diese Normen schneiden dem an sich Berechtigten ein Recht ab, wenn seine Handlungsweise sich in Widerspruch setzt zu der jedem Menschen obliegenden Sorgfaltspflicht in geschäftlichen Angelegenheiten, die nach § 276 BGB. jede Form von Fahrlässigkeit umfaßt. Kennen müssen heißt aber, infolge von Fahrlässigkeit nicht wissen[5]). So entzieht der § 122 II dem an sich auf das negative Interesse Berechtigten diesen Anspruch, wenn er nach Lage des Falles bei einiger Sorgfalt hätte erkennen müssen, daß sein Kontrahent sich in einem Irrtum befand, der ihm spätere Anfechtung ermöglichte. Er ließ selbst die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht und soll daher auch selbst den Schaden tragen, der ihm durch die Anfechtung erwächst. Genau so liegt der Tatbestand, wenn jemand bei einiger Sorgfalt im geschäftlichen Leben wissen muß, daß ein bestimmtes Unternehmen nur nach Maßgabe seiner AGB. kontrahiert[6]). Ist er infolge eigener Fahrlässigkeit in Unkenntnis hierüber, so kann er sich nachträglich nicht darauf berufen, daß er bei Kenntnis der AGB. den Vertragsschluß von seinen Vorschlägen abhängig gemacht hätte, die zu einzelnen Bestimmungen der AGB. in Widerspruch stehen. Diese sind vielmehr Inhalt des Vertrages geworden. Wer das Vorhandensein von AGB. kennen muß, hat den Rechtsnachteil, daß er nachträglich den AGB. nicht mehr widersprechen und dadurch den Vertrag in seinem Sinne beeinflussen kann, ebenso, wie in den genannten Normen der dort Berechtigte den Rechtsnachteil hat, daß er nicht mehr anfechten kann: hier wie dort infolge einer ihm in geschäftlichen Dingen unterlaufenen Fahrlässigkeit, für die er selbst

4) RG. **66**, 40. JDR. **18** 279, **15** 498.

5) Enneccerus I_1, § 51 I.

6) Dowe in JW. 1916, S. 369; Senckpiehl, AGB., S. 22 ff.

verantwortlich ist. Das entspricht dem Rechtsempfinden und dem Grundsatz von Treu und Glauben, den § 242 BGB. als den Grundpfeiler aller vertraglichen und in weiterem Sinne auch aller rechtsgeschäftlichen Beziehungen hinstellt.

Wann „muß" der Kontrahent die Existenz AGB. „kennen"?

Diese Frage kann ganz allgemein dahin beantwortet werden: Wenn die Existenz von AGB. eines bestimmten Unternehmens in einer Weise bekannt gemacht ist, daß sie den Kontrahenten bei einiger Aufmerksamkeit nicht verborgen bleiben konnte.

So wird z. B. ein deutlicher Anschlag in den Geschäftsräumen des Unternehmens, der auf die AGB. hinweist, genügen. Ferner der Hinweis in einem Prospekt und zwar auch, wenn die AGB. selbst nicht darin enthalten sind. Die Frage ist natürlich stets nur nach eingehender Prüfung der Lage des Einzelfalles zu entscheiden.

Nun werden vielfach AGB. durch Einrückung in Blätter oder in sonstiger Weise öffentlich bekannt gemacht. Es fragt sich, ob auf diese Weise die Voraussetzungen des „Kennenmüssens" geschaffen werden mit den oben skizzierten rechtlichen Folgen für den Kontrahenten.

Die herrschende Lehre einschließlich des RG. unterscheidet hier folgendermaßen[7]): Man stellt AGB., die von „öffentlichen Anstalten, gemeinnützigen Einrichtungen, öffentlich-rechtlichen Verbänden wie Krankenkassen, Kreditvereinen, Sparkassen"[8]) erlassen sind, sowie „zu Handelsbräuchen gewordene AGB. wie z. B. die der Spediteure Groß-Berlins"[9]) den AGB. anderer Unternehmungen gegenüber. Die Begründung geht dahin, daß in den genannten Fällen „jedermann wisse, daß derartige Unternehmungen nur unter AGB. arbeiten dürften"[10]). AGB. anderer Unternehmungen würden nur durch Vereinbarung Bestandteil des Vertrages.

Bei dieser Beweisführung wird also gerade darauf abgestellt, daß die AGB. Vertragsinhalt werden, weil jedermann wisse, daß die betreffenden Unternehmungen nur unter AGB. arbeiten. Es ist nur konsequent daraus zu folgern, daß die Kenntnis von dem Vorhandensein AGB. eines be-

7) Staub-Könige a. a. O., Anm. 17*a*.

8) 9) 10) So Staub-Könige, Anm. 17*a*.

liebigen anderen Unternehmens für den Kontrahenten die gleiche Folge herbeiführt, wie in den von Staub angeführten Fällen.

Es wird ferner ein Unterschied zwischen den AGB., die von größeren und solchen, die von anderen Unternehmungen festgesetzt sind, gemacht[11]). Nur bei ersteren soll die öffentliche Bekanntmachung die Folge haben, daß Stillschweigen als Annahme gilt. So sagt Staub a. a. O., Anm. 17a: „Nur bei größeren Unternehmungen rechnet das Publikum mit dem Bestehen von AGB. und kümmert sich darum; nur solche Unternehmungen können sich daher mit Erfolg auf Veröffentlichung berufen, wenn diese so geschieht, daß sie der Allgemeinheit bekannt sind."

Diese Unterscheidung ist m. E. schon aus rein begrifflichen Gründen nicht möglich. Wo liegt der Unterschied zwischen einer öffentlichen Verkehrsanstalt und einem privaten Verkehrsunternehmen? Letztere ist doch mindestens in dem Sinne eine „öffentliche", als der betreffende Inhaber sich „öffentlich erbietet" (§ 262 HGB. und § 662 BGB.) mit jedermann Verträge abzuschließen[12]). Will man dem aber nicht zustimmen, so ist jedenfalls zuzugeben, daß eine Unterscheidung zwischen „größeren" und „kleineren" Betrieben nicht angängig ist. Wo soll da die Abgrenzung liegen[13])?

Untersucht man aber die Erwägungen, die nach herrschender Ansicht dazu führen, der öffentlichen Bekanntmachung AGB. von großen Unternehmungen eine so grundlegend andere Bedeutung beizulegen als einer solchen von kleinen Betrieben, so ergibt sich vollends die Haltlosigkeit der getroffenen Unterscheidung.

„Nur bei größeren Unternehmungen rechnet das Publikum mit dem Bestehen von AGB. und kümmert sich darum", sagt Staub a. a. O. Der Nachdruck wird also darauf gelegt, daß das Publikum selbst ohne positive Kenntnis von dem Vorhandensein AGB. sich jedenfalls sagt; es werden ohne Zweifel solche vorhanden sein, und daher die Pflicht haben soll, sich nach dem etwaigen Inhalt derselben zu erkundigen.

---

11) Staub-Könige a. a. O., **RG. 109** 304, **103** 82.
12) Senckpiehl a. a. O., S. 55.
13) Senckpiehl a. a. O., S. 53.

Nun ist einmal schon diese Ansicht unzutreffend. Aus den Veröffentlichungen der Zeitungen ist jeden Tag zu ersehen, daß Unternehmungen mittleren und selbst kleineren Umfangs sich AGB. bedienen. Jedermann weiß, wie Senkpiehl[14]) mit Recht hervorhebt, daß es z. B. kaum ein Speditionsgeschäft mittleren Umfangs gibt, „welches nicht durch Aufstellung AGB. im Voraus den Inhalt seiner Geschäfte regelt". Ebenso machen es kleine Wäschereien, Banken, Bügelanstalten und überhaupt alle Unternehmungen geringen Umfanges, die stets gleichartige Geschäfte abschließen.

Mag man aber auch das dahingestellt sein lassen, so liegt jedenfalls kein Anlaß mehr vor, die kritisierte Unterscheidung zu machen, wenn tatsächlich eine Bekanntmachung erfolgt ist, durch die dem Publikum das Vorhandensein AGB. in einer Weise zur Kenntnis gebracht ist, daß jedermann bei einiger Aufmerksamkeit dies wissen muß. Wenn es schon genügen soll, daß das Publikum mit „dem Bestehen von AGB. rechnet", so muß positives Kennen und das ihm gleichstehende Kennenmüssen die oben bezeichnete Wirkung erst recht herbeiführen.

Es ist daher unerfindlich, wie Staub[15]) seinem oben zitierten Satze kurz darauf den folgenden hinzufügen kann: „Es kann also nicht ein kleines Unternehmen durch Zeitungsinserate oder Rundschreiben diejenigen, die später mit ihm in Verbindung treten, binden, mögen diese auch die Kundgebungen gelesen haben; das Publikum kann daraus noch nicht schließen, ob wirklich auf Grundlage dieser Kundmachung abgeschlossen werden soll." Das Publikum kann m. E. einzig und allein diesen Schluß ziehen. Welche Bedeutung sollte denn sonst die Bekanntmachung AGB. überhaupt haben!?

Die Unhaltbarkeit derartiger Unterscheidungen hat das RG. dazu veranlaßt, in einer neueren Entscheidung[16]) lediglich darauf abzustellen, ob „nach der Verkehrsübung" angenommen werden kann, daß eine bestimmte Unternehmung AGB. hat oder nicht. Ist das der Fall, so hat ein Vertrag, bei dessen Abschluß keine ausdrücklichen Abreden getroffen

14) a. a. O., S. 55.
15) a. a. O., Anm. 17*a*.
16) RG. **103** *A*. 86.

werden, ohne weiteres die vorhandenen AGB. zum Inhalt, sofern nur eine öffentliche Bekanntmachung erfolgt ist. In dem Stillschweigen ist eine konkludente Handlung des Kontrahenten zu erblicken. Er gibt dadurch zu erkennen, daß er die veröffentlichten, wenn ihm auch nicht bekannten AGB. billigt.

Das RG. sagt zutreffend[17]), es sei Sache der tatsächlichen Feststellung, ob im Einzelfalle angenommen werden kann, daß das Publikum mit dem Vorhandensein AGB. rechnen muß. Wenn es indessen hinzufügt: „Nicht ohne weiteres kann angenommen werden, daß ein einzelner Spediteur rechtlich hierzu in der Lage ist", so ist der Nachdruck auf die Worte „nicht ohne weiteres" zu legen. Es kann sich durchaus der Fall ereignen, daß nach der Verkehrssitte mit der Aufstellung von AGB. durch einen Einzelspediteur gerechnet werden muß, gleichgültig, ob es sich dabei um ein großes, mittleres oder kleines Unternehmen handelt. Ja, es wird nach dem Vorausgegangenen in aller Regel auch in den beiden letzten Fällen damit zu rechnen sein.

Abänderungen einmal festgesetzter AGB. haben in derselben Weise zu erfolgen, wie ihre Festsetzung. Es kommen hierbei die vorgetragenen Grundsätze in gleicher Weise zur Anwendung[18]).

---

17) **103** S. 86 a. a. O.
18) Senckpiehl a. a. O., S. 39.

II. Hauptteil: Grenzen, die das materielle Recht der Festsetzung von A. G. B. sieht.

A. Grenzen, die aus allgemeinen Bestimmungen herzuleiten sind.

I. Das Verhältnis der AGB. zu den dispositiven Normen.

1. Ohne Rücksicht auf Verkehrssitte und Handelsbräuche.

§ 3.

Der § 134 BGB. sagt: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt." Das bedeutet für unser Problem zweierlei:

1. Grenzen für die AGB. als solche lassen sich nicht aus dieser Vorschrift herleiten; denn die AGB. sind keine Rechtsgeschäfte. Sie sind zwar Willenserklärungen, aber diese Willenserklärungen als solche führen noch keinen rechtlichen Erfolg herbei. Erst, wenn auf der Basis von AGB. ein Vertrag abgeschlossen wird, ergeben sich aus der abgegebenen Willenserklärung rechtliche Folgen und diese treten — gerade das ist ja das Kriterium des Rechtsgeschäftes — deswegen ein, weil sie gewollt sind. Nur wenn man die auf Grund der AGB. abgeschlossenen Verträge im Auge hat, kann man also im übertragenen Sinne aus der Vorschrift des § 134 Grenzen für die AGB. herleiten.

2. Alle Rechtsgeschäfte, die gegen eine Dispositivnorm verstoßen, sind voll wirksam — oder anders ausgedrückt: eine Dispositivnorm kann durch ein Rechtsgeschäft abgeändert werden. Es fragt sich, ob dieser sonst allgemein gültige Grundsatz auch ohne weiteres auf alle Verträge Anwendung finden kann, die auf der Basis allgemeiner AGB.

abgeschlossen sind, oder ob sich aus dem Wesen der AGB. ergibt, daß alle oder doch einige Dispositivnormen der Festsetzung von Geschäftsbedingungen eine Schranke setzen.

Um diese Frage zu klären, ist es notwendig, zwei Untersuchungen scharf getrennt von einander zu führen. Einmal muß klargestellt werden, ob es zulässig ist, bei der Festsetzung von Geschäftsbedingungen im Einzelnen von den Dispositivnormen abweichende Bestimmungen festzusetzen. Und andererseits ist die Frage zu beantworten, welche Rolle der Handelsbrauch für dasselbe Problem spielt. Hier handelt es sich mithin um die Klarstellung der Bedeutung der §§ 157, 242 BGB. und § 346 HGB. für AGB. und die auf deren Grundlage abgeschlossenen Verträge.

Nur, wenn die erste Untersuchung geführt ist, kann die zweite Frage zufriedenstellend beantwortet werden. Die Tatsache, daß gerade bezüglich der Frage des Verhältnisses der AGB. zu dispositiven Normen, in der Literatur, wie in der Rechtsprechung so große Meinungsverschiedenheit herrscht, daß eine klare Beantwortung nirgends zu finden ist, scheint mir ihren innersten Grund darin zu haben, daß die terminologisch notwendige Trennung zwischen den beiden an die Spitze gestellten Problemen nirgends durchgeführt ist.

Das Wesen der AGB. liegt, wie wir im ersten Teil der Arbeit sahen, darin, daß sie einseitig aufgestellt werden, um allen künftig abzuschließenden Verträgen zugrunde gelegt zu werden. Eine rechtliche Wirksamkeit der AGB. tritt also erst ein mit dem Augenblick eines auf ihrer Basis getätigten Vertragsabschlusses. Dieser kommt wie jeder Vertrag zustande durch ausdrückliche oder stillschweigende Annahme des in den AGB. aufgestellten Vertragsinhaltes. Ist ein derartiger Vertrag geschlossen — die Frage, wann von stillschweigender Annahme geredet werden kann, ist im ersten Teil behandelt — so sind nunmehr die einzelnen Bestimmungen der AGB. Inhalt des Vertrages geworden kraft Willensübereinstimmung der Parteien. Ein derartig festgelegter Vertragsinhalt ist in der Lage, dispositive Normen auszuschließen. Denn es ist ja gerade das Wesen der dispositiven Normen, daß sie nur da eintreten sollen, wo Parteivereinbarungen nicht getroffen sind. Eine derartige Ergänzung des Parteiwillens kommt nicht mehr in Frage,

wo die Kontrahenten alle sich aus ihrem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten bereits im einzelnen geregelt haben.

Somit ist folgender Schluß gerechtfertigt: Soweit nicht in das zur Erörterung stehende Problem die Frage des Verhältnisses der §§ 157, 242 BGB. und § 346 HGB. hineinspielt, können AGB. Bestimmungen treffen, die den Dispositivnormen entgegenstehen. Wollte man das nicht anerkennen, so würde man damit eine unbillige Einschränkung der Vertragsfreiheit aller derjenigen Kreise erreichen, die sich AGB. in ihrem Geschäftsverkehr bedienen. Der den großen Kodifikationen des Privatrechts zugrunde liegende und auch von der RV. im Art. 152 zum Ausdruck gebrachte Grundsatz der Vertragsfreiheit darf aber nicht zu Ungunsten einiger Kreise gerade außer Kraft gesetzt werden. Man würde damit aber nicht nur in ganz unsozialer Weise eine Benachteiligung der Unternehmer herbeiführen, sondern auch gerade die Kreise treffen, um derentwillen man sich vielleicht veranlaßt sehen könnte, eine derartige Einschränkung für zulässig zu halten: das Publikum; denn die Unternehmer würden das auf ihnen lastende Risiko durch entsprechend höhere Preise abzuwälzen suchen.

Das dargetane Ergebnis findet insoweit in der Wissenschaft seine Rechtfertigung, als hier absolute Einigkeit darüber herrscht, daß durch Vertrag Dispositivnormen abgeändert werden können. Die hier einstweilen allein zur Erörterung stehende Frage, wie das Verhältnis der AGB. zu den Dispositivnormen sich gestaltet, ist — soviel ich danach auch gesucht habe — immer nur im Zusammenhang mit den genannten Bestimmungen über Verkehrssitte und Handelsbrauch in ihrer Beziehung zu den AGB. behandelt.

Dagegen hat in zahlreichen Entscheidungen das RG. zu dieser Frage — wenn auch nur immer in kurzen Hinweisen — Stellung genommen. Aus allen Entscheidungen, die sich mit der Möglichkeit der Freizeichnung in AGB. von der Haftung für den Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB.) [1], von der Herabsetzung der Haftung auf ein Höchstmaß [2], dem Ausschluß der Mängelhaftung befassen und anderen — alles Bestimmungen von AGB. also, die Dispositivnormen ab-

1) RG. **102** 396, **20** 117, **52** 902, **89** S. 8. **99** 112.
2) RG. **103** 85, **99** 110.

ändern — geht hervor, daß das RG. derartiges für zulässig erachtet.

Hier wird immer nur die Grenze aufgestellt, die sich aus einer Verletzung des § 138 ergibt — eine Frage, die im nächsten Abschnitt zu behandeln ist. Die Zulässigkeit der Freizeichnungen wird damit begründet, daß es sich um Dispositivnormen handelt, die der Abänderung durch AGB. unterliegen.

Nur in den gesetzlichen Verboten des § 134 BGB., die durch Parteivereinbarungen nicht abgeändert werden können, ist also bei der Festsetzung von AGB. in dem oben bezeichneten Sinne eine Grenze zu finden.

2. Unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und Handelsbrauch.

§ 4. Das Problem.

Kompliziert wird das aufgeworfene Problem erst, wenn die Bedeutung der §§ 157, 242 BGB. und § 346 HGB. für die erörterten Fragen in Rede steht.

Hier handelt es sich um die Frage: Ist in den Fällen, in denen sich ein Konflikt zwischen einzelnen Sätzen des Handelsbrauches und Dispositivnormen ergibt, weil AGB. einen Dispositivnormen widersprechenden Handelsbrauch in sich aufgenommen haben, der Handelsbrauch in der Lage, die Dispositivnormen auszuschließen oder nicht? Die wissenschaftliche Beurteilung dieser Frage hat bisher nicht zu einer einheitlichen Beantwortung geführt.

Auf der Basis des oben Ausgeführten ist zunächst festzustellen: Es scheiden für diese Frage alle Fälle aus, in denen AGB. zu Handelsbräuchen geworden sind, in den einzelnen auf dieser Basis geschlossenen Vertrag aber durch ausdrückliche oder stillschweigende Parteivereinbarung als Vertragsinhalt aufgenommen sind. Hier umfaßt der unzweideutig zum Ausdruck gekommene Parteiwille den ganzen in die AGB. aufgenommenen Handelsbrauch. Durch Vereinbarungen können Dispositivnormen ausgeschlossen werden. Die Tatsache, daß hier der Handelsbrauch mit Dispositivnormen in Konkurrenz tritt, ist zufällig und sekundärer Natur. Das in Rede stehende Problem wird durch diese Tatsache nicht berührt.

Es bleiben mithin nur die Fälle zu behandeln, in denen von einem derartigen durch Parteiwillen zum Vertragsinhalt erhobenen Handelsbrauch nicht die Rede ist. Die Frage läuft also im wesentlichen darauf hinaus: Hat der Handelsbrauch rechtlich die Bedeutung, daß er den nicht erklärten Parteiwillen ersetzt oder nicht? Ist das zu bejahen, so muß die Dispositivnorm ihm weichen. Ist das nicht der Fall, so verliert er gegenüber der Dispositivnorm seine Kraft, da diese nur von dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Parteiwillen ausgeschaltet werden kann.

Diese Frage ist nur zu beantworten, wenn Klarheit über die rechtliche Bedeutung des Handelsbrauchs gewonnen ist.

§ 5. Rechtliche Bedeutung des Handelsbrauchs.

Die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, auf die gemäß § 346 HGB. Rücksicht zu nehmen ist, sind — darüber herrscht kein Streit — Verkehrssitte des Handelsstandes. Es wird also durch den § 346 HGB. der in dem §§ 157 und 242 BGB. zum Ausdruck gebrachte Grundsatz nochmals ausdrücklich wiederholt und dadurch vom Gesetz bestimmt, daß die genannten Bestimmungen des BGB. auch gerade im Verkehr unter Kaufleuten ihre volle Bedeutung haben sollen [3]).

Hellauer definiert in seiner Welthandelslehre Teil I S. 261 wirtschaftlich den Handelsbrauch als „eine von Kaufleuten eingehaltene Vorgangsweise ihrer Handelspflege, die so allgemein befolgt wird, daß eine Abweichung als Ausnahme erscheinen muß".

Ueber die rechtliche Bedeutung des Handelsbrauches werden in der Literatur im wesentlichen vier Auffassungen vertreten. Es sei vorausgeschickt, daß, wenn hier immer von Handelsbrauch geredet wird, damit auch die Verkehrssitte, von der die §§ 157 und 242 BGB. handeln, inbegriffen ist.

1. Die erste Auffassung besagt: Verkehrssitte und Handelsbrauch sind ihrem Wesen nach Gewohnheitsrecht [4]). Das

3) Heinrich Dove: Handelsgebräuche und typische Geschäftsbedingungen in JW. 45, S. 368. Julius v. Gierke: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht (1926), S. 14. Schreiber: Handelsbräuche, S. 49.

4) Danz in Iherings Jahrbüchern **38** S. 373. Stein: Das Private Wissen des Richters.

Gesetz weist in den genannten Paragraphen den Richter an, den Handelsbrauch bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Die aus dem Handelsbrauch abgeleiteten Regeln entspringen den Gewohnheiten des Volkes, und eben diese Tatsache läßt Gewohnheitsrecht entstehen [5]). Dazu ist terminologisch folgendes zu sagen: Handelsbrauch und Gewohnheitsrecht haben zwar beide zur Voraussetzung, daß eine längere tatsächliche Uebung gepflegt wird. Sie unterscheiden sich aber grundlegend dadurch, daß Gewohnheitsrecht nur entsteht, wenn die tatsächliche Uebung objektiv als geltendes Recht angewandt wird, während der Handelsbrauch bereits vorhanden ist, wo gewisse Gepflogenheiten des Verkehrs als üblich gelten, ohne daß es irgend jemand einfällt, ihre Berücksichtigung als geltendes Recht vom Richter zu verlangen [6]).

Ohne indes auf den Streit der Meinungen in dieser Frage eingehen zu brauchen, läßt sich diese Ansicht aus dem Wortlaut der §§ 157, 242 BGB. und § 346 HGB. als unhaltbar erweisen. Bei der „Auslegung von Verträgen" (§ 157), bei der Frage, in welcher Weise der Schuldner seine Verträge zu erfüllen hat (§ 242), für „die Bedeutung von Handlungen unter Kaufleuten" (§ 346) ist die Verkehrssitte, der Handelsbrauch, zu berücksichtigen. Ein Gewohnheitsrecht ist aber nicht gegebenenfalls zu „berücksichtigen", sondern verlangt, angewandt zu werden. Uebrigens bedürfte es nicht eines gesetzlichen Hinweises, wenn der Handelsbrauch selbst als Gewohnheitsrecht anzusehen wäre. Es ist nicht angängig, angesichts der Bedeutung des § 346 HGB. und seiner engen Beziehung zu den §§ 242 und 157 BGB. hiergegen etwa einzuwenden, daß das Gesetz insoweit wie auch mit anderen Normen gelegentlich etwas Ueberflüssiges gesagt habe. Der Wortlaut des § 346 läßt keinen Zweifel darüber, daß die Norm dem Richter eine Anweisung gibt, wie er bestimmte Handlungen der Parteien beurteilen soll, wenn die getroffenen Abreden in dieser Hinsicht unvollständig sind. Der dem § 346 zugrunde liegende Gedanke ist offensichtlich folgender: Mit Rücksicht darauf, daß die Kaufleute im Geschäftsleben eine bestimmte tatsächliche Uebung befolgen, ist der Schluß gerechtfertigt.

5) Danz a. a. O.
6) Enneccerus I. 1. § 36. I. 4 und Anm. 3.

Wahrscheinlich ist es der Wille der Parteien, daß die von dem Kaufmann getätigte Handlung so verstanden, die Art der Leistung des Schuldners so verlangt, der geschlossene Vertrag so ausgelegt werden soll, wie es dieser Uebung entspricht; deshalb soll der Richter in Fällen, in denen der Parteiwille nicht ersichtlich ist, diesen Handelsbrauch zugrunde legen; nicht also, weil der Handelsbrauch ein Gewohnheitsrecht ist, sondern vielmehr: obwohl er kein Gewohnheitsrecht ist. Gerade dies Argument erhellt deutlich, warum der Gesetzgeber sich veranlaßt sah, den § 346 in seiner vorliegenden Fassung dem HGB. einzufügen. Nur so wird man seiner außerordentlichen Bedeutung gerecht, während die Theorie, die im Handelsbrauch ein Gewohnheitsrecht sieht, zu dem Schlusse kommen muß, daß die Norm eigentlich überflüssig ist.

Endlich sei noch darauf verwiesen, daß der Richter, der aus dem Handelsbrauch Rechtssätze ableiten wollte, die den Charakter von Gewohnheitsrecht hätten, sich oft genug unüberwindlichen Schwierigkeiten gegenüber sehen würde; denn schon die Feststellung, ob tatsächlich ein Handelsbrauch besteht, ist, wie Schreiber dargetan hat[7]), außerordentlich kompliziert. Der Rechtssicherheit würde aber vollends geschadet; denn ganz abgesehen von der dann unabwendbaren Zersplitterung des Rechtes würden die Gerichte bei der Zweifelhaftigkeit der Frage, ob ein Handelsbrauch besteht oder nicht, diese teils bejahen, teils ablehnen und so zu ganz verschiedenen Entscheidungen kommen.

2. Eine zweite Auffassung behauptet, der Handelsbrauch sei zwar kein Gewohnheitsrecht. Immerhin sei die Tatsache, daß der Handelsbrauch in bestimmten Fällen eine Rechtsquelle ist, aus den genannten Paragraphen herzuleiten, da sie auf ihn verwiesen[8]). „Dadurch ist", sagt von Tuhr, „die Verkehrssitte zu einer sekundären Rechtsquelle geworden; sekundär insofern, als sie ihre Geltung dem Ge-

---

7) Schreiber: Handelsbräuche S. 20 ff. und viele andere Stellen.

8) Außer anderen Staub: Bd. I. Allgem. Einleitung Anm. 17, Bd. II zu § 346. Anm. 9 u. 10. Düringer-Haschenburg: Das HGB. auf der Grundlage des BGB. Bd. II S. 206. v. Tuhr: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts. Bd. I. S. 31.

setze verdankt". Aber davon, daß der Handelsbrauch als Rechtsquelle gelten soll, sagen eben die genannten Bestimmungen nichts. Sondern es ist immer nur die Rede von der Auslegung bestimmter „Handlungen", eines „Vertragsinhaltes", der Art der schuldnerischen Leistung. Wenn der Richter zu diesem Zwecke den Handelsbrauch heranziehen soll, so hat das die Bedeutung: Hier ist in aller Regel ein brauchbares Material vorhanden, an das sich der Richter halten kann. Die Entscheidung wird dann den Gepflogenheiten des Verkehrs entsprechen und mithin seinen Bedürfnissen Rechnung tragen. Aus einer Rechtsquelle lassen sich Normen herleiten, die selbständig an einen bestimmten Tatbestand rechtliche Folgen knüpfen. Hier aber handelt es sich nur darum, daß der Handelsbrauch zur Auslegung und Erläuterung bestimmter Handlungen und Erklärungen der Parteien herangezogen werden soll. Eine Uebung, die lediglich diese Bedeutung hat, kann man nicht als Rechtsquelle bezeichnen. Wäre sie das, so mußte man folgern, daß die genannten Paragraphen den Handelsbrauch zu der Bedeutung einer Gesetzesnorm erheben. Die hier zur Kritik stehende Theorie kommt daher praktisch auf dasselbe hinaus, wie die oben abgelehnte, die den Handelsbrauch für ein Gewohnheitsrecht hält. Beide erklären den Handelsbrauch für eine Rechtsquelle. Dieselben Argumente, die gegen die oben kritisierte Theorie angeführt wurden, treffen daher in ihrem Kern auch hier zu.

Vollends ergibt sich die Unhaltbarkeit der vorliegenden Theorie, wenn man die Argumentation untersucht, deren sie sich selbst zum Beweise ihrer Richtigkeit bedient. Sie will aus der Tatsache, daß die genannten Paragraphen auf den Handelsbrauch verweisen, herleiten, daß dieser gelegentlich als Rechtsquelle zu betrachten sei. Sie stempelt ihn damit zu positivem Recht. Träfe das zu, so hätte sich die Kodifikation unseres Privatrechts erübrigt. Der Gesetzgeber hätte sich darauf beschränken können, einige zwingende Rechtsnormen, von denen durch Parteivereinbarung nicht abgewichen werden kann, aufzustellen, im übrigen aber alles dem Handelsbrauch zu überlassen. Dieser hat, wie Schreiber nachweist[9]), fast überall einen anderen Inhalt als

9) Schreiber a. a. O. S. 49, 56, 58 und viele andere Stellen.

die entsprechenden Dispositivnormen. Daraus wäre zu folgern, daß der Gesetzgeber selbst offenbar dem § 346 einen anderen Sinn beigemessen hat.

Gegen diese Argumentation könnte vielleicht eingewandt werden, der Gesetzgeber habe seinerzeit nicht übersehen können, daß sich die Handelsbräuche zu ihrem heutigen Umfange auswachsen würden. Ja, es könnte vielleicht sogar behauptet werden, daß der Gesetzgeber, gerade weil er derartiges voraussah, durch die Anweisung im § 346, die Handelsbräuche als positive Normen anzuwenden, die damals niedergelegte Kodifikation auf diesem Wege wieder abzuändern bestrebt war in der Meinung, die Handelsbräuche würden dem jeweiligen Rechtsempfinden und der jeweiligen Wirtschaftslage sich anpassen und somit die langsam veraltenden Rechtsnormen der Kodifikation abzulösen geeignet sein. Wer so argumentiert, vergißt, daß bisher noch niemals eine Kodifikation derartige Zwecke verfolgte. In den Motiven und Reichstagsprotokollen ist auch nicht die kleinste Andeutung zu finden, die auf eine derartige Absicht des Gesetzgebers schließen ließe. Man wird im Gegenteil nicht fehlgehen in der Annahme, daß seinerzeit eine derartige Auffassung direkt im Gegensatz zu der Absicht des Gesetzgebers gestanden hat, da mit der Kodifikation ja gerade der Zweck verfolgt wurde, endlich einmal mit der herrschenden Rechtszersplitterung aufzuräumen. Will man wirklich dem Gesetzgeber die Absicht unterstellen, daß er die durch die Kodifikation geschaffene Rechtseinheit wieder zertrümmern wollte, indem er durch den § 346 HGB. den Handelsbrauch der Gesetzesnorm gleichstellte? Das würde doch bei dem örtlichen oder höchstens regionalen Geltungsbereich des Handelsbrauchs die unausbleibende Folge sein! Die herrschende Lehre, die der hier kritisierten Ansicht folgt, hat denn auch die heute vorhandene Rechtsunsicherheit, auf die insbesondere Schreiber immer wieder hinweist[10]), ermöglicht.

Folgt man der verbreiteten Ansicht, daß der sogenannte Wille des Gesetzgebers überhaupt nicht zur Auslegung einer Norm herangezogen werden darf, weil er mit Sicherheit fast gar nicht ermittelt werden kann, wo das aber einmal

10) Schreiber a. a. O., S. 49, 56, 58 und viele andere Stellen.

ausnahmsweise der Fall ist, dennoch hierauf keine Rücksicht zu nehmen ist, weil der aus dem Wortlaut sich ergebende Sinn der Norm allein entscheidende Bedeutung hat, so kommt man erst recht zur Ablehnung der vorliegenden Theorie. Gerade der Wortlaut der genannten Paragraphen läßt nur die mehrfach skizzierte Auslegung zu, die mit aller Deutlichkeit erkennen läßt, daß der Handelsbrauch niemals mit einer positiven Rechtsnorm gleichzusetzen ist.

Nur wo das Gesetz in Einzelbestimmungen auf den Handelsbrauch verweist, hat es ihn zum Inhalt der hier aufgestellten Rechtsnorm gemacht. Statt derartige Fälle generell zu regeln, verweist das Gesetz auf den Handelsbrauch und verfährt somit ähnlich wie bei der Fiktion, wo statt besonderer Regelung eine Verweisung auf andere bereits geregelte Tatbestände erfolgt. So entbindet der Ortsbrauch im § 94 HGB. den Handelsmäkler von Erteilung der Schlußnote genau wie der ausdrücklich erklärte Parteiwille. Aber gerade der Hinweis auf diese Bestimmungen beweist deutlich den Gegensatz zu der rechtlichen Bedeutung des Handelsbrauchs, den das Gesetz in den oben genannten Bestimmungen ihm beigelegt hat. Denn hier soll der Handelsbrauch ein gesetzlich nicht geregeltes Tatbestandsmerkmal abgeben, dort nur zur Auslegung unklarer Parteierklärungen herangezogen werden.

3. Eine dritte[11]) Auffassung lehnt die Bedeutung des Handelsbrauchs als Gewohnheitsrecht oder sekundärer Rechtsquelle ausdrücklich ab und erklärt statt dessen: da nach § 346 der Handelsbrauch zu „berücksichtigen" sei, so müsse er von den Parteien als gewollt und vereinbart anzusehen sein. Danach wäre Handelsbrauch gleich dem ausdrücklich erklärten Parteiwillen. Nun ist allerdings aus dem § 346 soviel zu entnehmen, daß der Handelsbrauch vom Richter berücksichtigt werden soll, wenn die „Bedeutung von Handlungen"

---

11) Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts I. 1. Abt. Erlangen 1864. S. 235. Laband: Die Handelsusancen: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 17, S. 466 ff. insbesondere S. 491. Keyßner: Geschäftsgebrauch und Handelsbrauch. Beitrag zur Erläuterung des Preußischen Rechts. 12. Jahrgang. S. 566 ff. Ehrlich: Das zwingende und nicht zwingende Recht. Jena. S. 93. Pfenninger: Uebung und Ortsgebrauch, S. 71 ff.

aus den Bestimmungen des abgeschlossenen Vertrages nicht erkennbar ist — für die §§ 157 und 242 ist die Parallele, wie oben geschehen, zu ziehen —. Damit ist aber nicht im geringsten gesagt, daß dieser Handelsbrauch als Parteiwille auch nur angesehen werden darf. Dieser ist nur dann vorhanden, wenn er ausdrücklich oder zum mindesten konkludent zum Ausdruck gebracht ist. Auch der § 151 BGB., der von stillschweigender Annahme eines Vertragsschlusses redet, verlangt eine Erklärung, nur daß diese Erklärung in den dort genannten Fällen konkludent erteilt wird. Es mag in aller Regel der Fall sein, daß die Parteien tatsächlich, was allgemein Brauch ist, auch ihrem Vertrage zugrunde gelegt haben. Das braucht aber durchaus nicht der Fall zu sein. Aus den §§ 346 usw. ist vielmehr nur soviel zu entnehmen: Der Handelsbrauch soll in den genannten Fällen zugrunde gelegt werden, da in dieser Hinsicht weder ein ausdrücklich erklärter, noch durch konkludente Handlung zu ermittelnder Parteiwille vorliegt. Er soll gerade ohne Rücksicht auf einen derartigen Parteiwillen zugrunde gelegt werden, nicht weil das Gesetz unterstellt, die Parteien hätten ihn zum Vertragsinhalt werden lassen wollen, sondern weil der einmal herrschende Brauch sich am besten für die Lösung der ungeklärten Frage eignet und objektiv diese Auslegung der in bestimmten Kreisen angewandten Uebung entspricht.

4. Eine vierte Auffassung endlich steht auf dem Standpunkt, daß der Handelsbrauch als fingierter Parteiwillen zu bezeichnen sei[12]). Damit ist zweierlei gesagt. Einmal ist von vornherein die Auffassung abgelehnt, als ob der Handelsbrauch die Bedeutung eines Gewohnheitsrechtssatzes habe oder auf dem Umwege über die §§ 157, 242 BGB. und § 346 HGB. als Gesetzesnorm zu betrachten sei. Andererseits ist aber auch die entgegengesetzte Auffassung, die den Handelsbrauch als Vertragsinhalt ansieht, abgelehnt, da nur einstweilen, d. h. bis sich aus dem Verhalten oder den Erklärungen der Parteien ihr wirklicher Wille ergibt, unterstellt werden soll, daß der jetzt noch nicht zu ermittelnde Parteiwille mit dem Handelsbrauch identisch ist.

12) Oertmann: Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig 1919. S. 164 ff. Wedemeyer: Auslegung und Irrtum. Göttingen 1902, S. 22. Siehe ferner die Nachweise bei Oertmann a. a. O., S. 151 ff.

Wenn die Theorie hervorhebt, der Handelsbrauch werde als Wille der Parteien lediglich fingiert, so bringt sie eben dadurch zum Ausdruck, daß tatsächlich weder ein ausdrücklich noch stillschweigend erklärter Wille der Parteien, kein Vertrag also, vorhanden ist. Diese Auffassung scheint mir allein der Bedeutung der genannten Paragraphen gerecht zu werden. Wie schon mehrfach hervorgehoben, bringen die genannten Bestimmungen zum Ausdruck, daß betreffs der „Bedeutung von Handlungen" der „Auslegung des Vertragsinhaltes" der Bestimmung von Art und Umfang der schuldnerischen Leistung, die Verkehrssitte berücksichtigt, d. h. zur Auslegung herangezogen werden soll. Eine derartige Auslegung kommt nur in Frage, wenn keine ausdrückliche oder stillschweigend irgendwie zum Ausdruck gebrachte Willenserklärung der Parteien vorliegt. Nur in diesem Falle soll die Auslegung dann so erfolgen, wie allgemeinem Brauch gemäß derartige Verhältnisse gewöhnlich ausgelegt werden, d. h. es soll dann unterstellt werden, daß die Parteien ebenfalls eine derartige Behandlung der betreffenden Fragen gewollt hätten, weil diese Auslegung nun einmal gebräuchlich ist.

Die Auslegung hat gemäß § 157, 242 BGB. so zu erfolgen „wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern". Damit wird von Gesetz der Auslegung ein ganz bestimmter Maßstab zugrunde gelegt. Objektiv soll festgestellt werden, wie nach Ansicht aller „gerecht und billig Denkenden" die Behandlung der zur Diskussion stehenden Frage erfolgen würde. Es ist damit kein selbständiger neuer Verpflichtungsgrund vom Gesetz geschaffen, sondern lediglich für den Richter die Anweisung erteilt, daß er seiner Auslegung das Durchschnittsverhalten eines redlichen Mannes im gleichen Falle zugrunde legen soll[13]).

§ 6. Verhältnis des Handelsbrauchs zur Dispositivnorm.

Nach der Klarstellung der rechtlichen Bedeutung des Handelsbrauches in den genannten Bestimmungen kann nun-

13) Geisler: Das Gewohnheitsrecht als Quelle des geltenden Handelsrechts. Diss. Breslau 1904. Jung: Das Problem des natürlichen Rechts. S. 139. Oertmann a. a. O., S. 345 ff.

mehr die zur Lösung des gestellten Problems hinführende Frage erörtert werden, wie das Verhältnis des Handelsbrauchs zur Dispositivnorm rechtlich zu beurteilen ist. Die herrschende Ansicht (Staub — Düringer — Hachenburg), die behauptet, daß mit Rücksicht auf die genannten Bestimmungen der Handelsbrauch als Gesetzesnorm anzusehen ist, muß zu der Auffassung kommen, daß im Falle eines Konfliktes die Dispositivnorm weichen muß. Dasselbe ist für die Auffassung der Fall, die im Handelsbrauch ein Gewohnheitsrecht sieht. Die dritte Meinung endlich, die den Handelsbrauch mit Rücksicht auf die genannten Bestimmungen für einen integrierenden Bestandteil der Parteierklärungen ansieht, kommt zu derselben Konsequenz, da ja unbestritten in der Wissenschaft der Satz gilt, daß die Dispositivnorm durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden kann.

Vom Standpunkt der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Theorie ergeben sich folgende Konsequenzen:

Es ist das Wesen der Dispositivnorm, daß sie da gelten soll, wo ein Parteiwille nicht erklärt ist. Fehlende Willenserklärungen der Parteien werden also durch sie ergänzt. Der Handelsbrauch soll ebenfalls zur Anwendung kommen, wo ein Parteiwille nicht erklärt ist. Er soll hier aber nur zur Auslegung vom Richter herangezogen werden. Seine Anwendung setzt also weiter voraus, daß nicht vom Gesetz selbst durch eine Dispositivnorm eine bestimmte Regelung getroffen ist[14]). Wollte man dem Handelsbrauch hier den Vorrang geben, so würden die Dispositivnormen, deren rechtliche Bedeutung ja gerade darin liegt, daß sie den nicht erklärten Willen der Parteien in einer vom Gesetzgeber als richtig befundenen Weise ergänzen sollen, ihren gesetzlichen Zweck überall, wo konkurrierende Handelsbräuche bestehen, nicht erfüllen können. Aus der rechtlichen Bedeutung von Handelsbrauch und Dispositivnorm ist also zu folgern, daß der Handelsbrauch stets der Dispositivnorm weichen muß.

Ferner ist zu beachten, daß in den Dispositivnormen rechtliche Gedanken verankert sind, die zur Ausfüllung von Lücken im Gesetz herangezogen werden müssen. Der Richter darf aber derart im Gesetz verankerte Rechtsgedanken ebensowenig außer Acht lassen wie eine positive Rechts-

14) Meyer a. a. O., S. 35 oben.

norm. Also auch, wenn sich aus einer einzelnen Dispositivnorm für den zu behandelnden Fall nichts entnehmen läßt, aber allgemein in einer Reihe von Dispositivnormen ausgesprochene Rechtsgedanken Berücksichtigung erheischen, hat der Handelsbrauch zurückzustehen.

Als Beweis für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht sei auf die zahlreichen Paragraphen des BGB. und HGB. verwiesen, die speziell auf die Verkehrssitte verweisen. Wir haben bezüglich ihrer bereits oben festgestellt, daß hier der Brauch zum Inhalt der Norm ausdrücklich erhoben wird. Wollte man allgemein den Satz aufstellen, daß der Handelsbrauch Dispositivnormen ausschließen könne, so hätte es der ausdrücklichen Hervorhebung des Handelsbrauchs in diesen Bestimmungen nicht bedurft [15]).

Schließlich sei — worauf Schreiber insbesondere immer wieder hinweist [16]) — noch hervorgehoben, daß die herrschende Ansicht, eben weil sie die aufgeworfenen Probleme unrichtig beantwortet, die Entstehung der vorhandenen Rechtsunsicherheit begünstigt, wenn nicht gar überhaupt ermöglicht hat; denn Handelsbräuche sind in der Regel lokaler, oder doch mindestens nur regionaler Natur. Der Zweck der Kodifikation unseres Privatrechts war aber doch gerade, für das ganze Deutsche Reich einheitliche Verhältnisse zu schaffen, da die früher herrschende Zerrissenheit des Rechts dem Aufblühen von Handel und Wirtschaft die größten Hindernisse in den Weg legte.

Die hier vorgetragene Auffassung beruht auf einer kritischen Würdigung des Inhaltes der mehrgenannten Bestimmungen des Gesetzes. Schreiber hält das gewonnene Resultat ebenfalls für wünschenswert. Seine Beweisführung beruht indessen auf rechtspolitischen Erwägungen [17]), die niemals dazu führen können, das positive Recht umzudeuten.

Einer derartigen Vergewaltigung der genannten Paragraphen bedarf es aber durchaus nicht, um zu dem von Schreiber befürworteten Resultat zu kommen. Gerade die vorgetragene Ansicht scheint mir allein dem vom Gesetzgeber mit den genannten Bestimmungen verfolgten Zweck

15) Oertmann a. a. O., S. 328.
16) Schreiber a. a. O., S. 49, 56, 58 und andere Stellen.
17) Schreiber a. a. O., S. 58, 63.

gerecht zu werden. Dieser liegt nur darin, daß die wandelnden Formen des Geschäftslebens bei der Auslegung der vom Gesetz genannten Fälle berücksichtigt werden sollen, damit die Rechtsprechung in der Lage ist, den Anforderungen der Wirtschaft gerecht zu werden. Diese Bedeutung des Handelsbrauchs wird nicht durch die Tatsache eingeschränkt, daß die Dispositivnorm im Falle des Konfliktes den Handelsbrauch ausschließt.

Die vorgetragene Auffassung trägt in weitgehendem Maße den Bedenken Rechnung, die Schreiber betreffs Entstehung und rechtlicher Tragweite des Handelsbrauchs anführt. Sie ist eigentlich die einzig mögliche Konsequenz seiner Ausführungen. Schreiber selbst glaubt aber doch wieder Einschränkungen machen zu müssen. Er meint, eine derartig „starre" Lehre [18]) führe nicht zum Ziel; denn praktisch werde dann nur erreicht, daß die Streitigkeiten vor vereinbarten Schiedsgerichten geregelt würden, „denen Brauch vor Recht ginge" [19]). Nur soviel könne man sagen: Nicht jede Dispositivnorm sei stärker als der Handelsbrauch, jedenfalls aber die in den Dispositivnormen zum Ausdruck gebrachten allgemeinen Rechtsgedanken [20]).

Wollte man dieser Ansicht folgen, so würde das in Rede stehende Problem völlig unübersehbar.

Welche Dispositivnorm soll hinter dem Handelsbrauch zurückstehen und welche nicht? Welche allgemeinen Rechtsgedanken sind es, die dem Handelsbrauch Grenzen ziehen? Alles Fragen, über die eine einheitliche für die Praxis verwertbare Auffassung kaum erzielt werden würde.

Diese Auffassung würde eine Rechtsunsicherheit heraufbeschwören, die weit schlimmer noch wäre, als die auf Grund der einstweilen herrschenden Zustände bestehenden Unklarheiten, denen gerade Schreibers Kampf gilt. Er hat das auch selbst empfunden und seinen Vorschlag gerade im Hinblick auf diesen Einwand zu verteidigen gesucht. Aber m. E. ist sein Hinweis darauf, daß „wachsende Elastizität der Rechtssätze das Wahrzeichen sich hebender Rechtskultur" sei [21]), und der Stand unserer Rechtskultur durchaus die

18) Schreiber a. a. O., S. 63.
19) Schreiber a. a. O., S. 63.
20) Schreiber a. a. O., S. 64.
21) Schreiber a. a. O., S. 65.

Belastung mit einem neuen elastischen Rechtssatze vertrage, kein stichhaltiger Grund für die Richtigkeit seiner Meinung. Soviel ist jedenfalls sicher: Die Unklarheit über die rechtliche Bedeutung des Handelsbrauches hat wirtschaftlich derart schwere Nachteile im Gefolge — wie man aus den sich häufenden Entscheidungen des RG. über dies Problem unschwer entnehmen kann —, daß eine absolut eindeutige Beantwortung der Frage eine rechtliche Notwendigkeit ist.

§ 7. Ergebnisse.

Die gefundenen Ergebnisse führen zu folgender Lösung des dem vorliegenden Teil der Arbeit an die Spitze gestellten Problems.

1. Ist ein Vertrag durch ausdrückliche oder stillschweigende Bezugnahme auf AGB. zustande gekommen, so sind damit deren Bestimmungen zum Vertragsinhalt geworden. In diesem Falle macht es keinen Unterschied, ob die AGB. allgemein als Handelsbrauch gelten oder nicht. Die in ihnen niedergelegten Bestimmungen schließen Dispositivnormen aus, da diese der Parteivereinbarung weichen müssen. Das Problem, ob der Handelsbrauch einer Dispositivnorm vorgeht oder nicht, kommt hier gar nicht in Betracht. (Dieser schon im § 1 niedergelegte Satz sei der Klarheit halber wiederholt.)

2. Es ist Handelsbrauch, daß öffentlich bekanntgemachte AGB. ohne weiteres Bestandteil einschlägiger Verträge werden — über die Frage, ob wirklich ein derartiger Brauch besteht, ist im ersten Hauptteil gehandelt worden —. Wenn in solchem Falle aus allen Begleitumständen entnommen werden kann, daß ein Kontrahierungswille der Partei wirklich vorliegt, so ist das in Rede stehende Problem wie in 1.) zu entscheiden. Ist das nicht der Fall, so hat der Handelsbrauch nur die Bedeutung, daß er gem. § 346 HGB. bezüglich dieser Unterlassung — die in der Nichterklärung der einen Partei liegt — zur Auslegung heranzuziehen ist, d. h.: es ergibt sich für den Richter die Frage: ist es allgemein üblich, daß eine solche Nichterklärung als Abschluß des Vertrages unter Billigung aller einzelnen Bestimmungen der AGB. zu gelten hat? Diese Frage hat er nach Treu und Glauben zu entscheiden. Ergibt die Prüfung, daß die Frage bejaht werden muß, — und nur dieser Fall braucht berück-

sichtigt zu werden, da andernfalls von einem Vertrage auf der Basis von AGB. überhaupt keine Rede ist — so kann der Abschluß eines Vertrages auf der Basis der AGB. fingiert werden. Das bedeutet: Einstweilen soll angenommen werden, daß die Parteien einen Vertragsschluß gewollt haben, der die AGB. in sich aufnimmt. Tatsächlich liegt indessen eine dahin gehende Erklärung der Parteien, die ausdrücklich oder konkludent erfolgt wäre, nicht vor. Nur sie ist aber in der Lage, die Dispositivnormen auszuschließen. Steht also der Inhalt der AGB. mit Dispositivnormen in Widerspruch — gleichgültig, ob die AGB. gleichlautend mit einem Handelsbrauch sind oder nicht — so tritt die Dispositivnorm genau so in Kraft wie in allen Fällen, in denen eine Vereinbarung bestimmte vom Gesetz geregelte Tatbestände offen läßt. Diese Rechtslage ist immer gegeben, wenn sich aus den Umständen nicht erkennen läßt, daß die Parteien sich wenigstens konkludent über den Inhalt des Vertrages tatsächlich geeinigt haben.

An diesem Ergebnis muß unbedingt festgehalten werden, weil nur so der schwierige Fragenkomplex eindeutig beantwortet, nur so alle Unklarheiten, die immer wieder zu rechtlich falschen Konsequenzen führen müssen, ausgeräumt werden können. Der etwa zu erhebende Einwand, die Unternehmer würden sich dann der größten Ungewißheit ausgesetzt sehen und dieses Risiko zum Schaden der Kontrahenten auf deren Schultern durch höhere Preise abwenden, ist nicht stichhaltig [22]). Das Gegenteil ist vielmehr richtig. Die Unternehmer würden jetzt endlich wissen, woran sie sind. Die praktische Folge der strikten Durchführung des dargelegten Ergebnisses würde sein, daß die Unternehmer sich veranlaßt sähen, den Kontrahenten vor Vertragsabschluß in irgendeiner Form nochmals ausdrücklich auf die AGB. zu verweisen. Eine solche Maßnahme würde in sehr vielen Fällen später entstehenden Streitigkeiten den Boden entziehen. Gerade für den Unternehmer würde also eine viel größere Sicherheit in Anbetracht der nunmehr endgültigen Existenz des jeweils abgeschlossenen Vertrages geschaffen, ohne daß er von einer ihm neu auferlegten irgendwie fühlbaren Belastung in geschäftlicher Hinsicht betroffen würde.

22) Senckpiehl: Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 57.

Das RG. hat zu dem behandelten Problem wie folgt Stellung genommen [23]). Es erklärt, daß AGB., nachdem eine öffentliche Bekanntmachung erfolgt ist, ohne weiteres Vertragsbestandteil werden, auch wenn die Vertragspartei sie nicht kennt. Diesen Satz schränkt es dann aber sofort wieder ein, indem es sagt: „Vorausgesetzt, daß sie nicht solche Bestimmungen enthalten, die eine freiwillige Unterwerfung der Kunden unter sie von vornherein ausgeschlossen erscheinen lassen, und deshalb nicht üblich sind."

An dieser Formulierung fällt zunächst folgendes auf: Das RG. erklärt, daß auch ohne Kenntnis des Kunden und ohne irgendwelche Bezugnahme desselben auf die AGB. diese trotzdem Vertragsbestandteil sind, weil — vorausgesetzt, daß die öffentliche Bekanntmachung erfolgt ist — ein dahin gehender Handelsbrauch besteht. Dann aber wird die Gültigkeit einer derart zum Vertragsinhalt gewordenen Bestimmung wieder davon abhängig gemacht, daß dieser Bestimmung ein Handelsbrauch — „die Ueblichkeit" — entgegensteht. An die Stelle der auf diese Weise Vertragsinhalt gewordenen Bestimmung der AGB. soll dann offenbar — da ja weder der Handelsbrauch, der den Parteiwillen (hier) ergänzt, noch die so zustande gekommenen Parteierklärungen, noch der Handelsbrauch (die Ueblichkeit), die beide aufhob, (er hat ja nur negativen Inhalt) gelten soll — die jeweilig passende Dispositivnorm treten. Aus dieser Auffassung ist nun folgendes zu entnehmen.

1. Der Handelsbrauch ersetzt den nicht vorhandenen Parteiwillen.

2. Der Handelsbrauch ist stärker als der vorhandene Parteiwille.

3. Der Handelsbrauch, der den Parteiwillen ausschaltet, weicht seinerseits der Dispositivnorm.

Daraus ergibt sich ein eigenartiger Gedankenkreislauf: Unstreitig ist zwar, daß der erklärte Parteiwille die Dispositivnorm ausschließt. Nun ist aber gemäß 2) der Handelsbrauch gegebenenfalls stärker als der Parteiwille und doch gemäß 3) wieder schwächer als die Dispositivnorm. Die Dispositivnorm schließt also den Parteiwillen aus — und der Kreis, in dem man sich dreht, ist geschlossen.

---

23) RG. **103** 86.

Diese Auffassung des RG. führt nicht weiter. Mit Recht wirft Senckpiehl[24]) ihr vor, daß sie eine unübersehbare Rechtsunsicherheit hervorrufen muß, die die größten wirtschaftlichen Nachteile nicht bloß für die Unternehmerschaft selbst, sondern auch gerade für die Kunden mit sich bringen würde. Das beruht aber darauf, weil die Entscheidung selbst juristisch unklar ist. Sind doch die verschiedensten, streng zu scheidenden Probleme hier durcheinandergewürfelt. Man muß eben klar auseinander halten:

1. Welche Bedeutung hat der zustande gekommene Vertragsschluß gegenüber dem Handelsbrauch einerseits und der Dispositivnorm andererseits. Die Antwort darauf ist: die erklärte Parteivereinbarung geht beiden vor.

2. Kann der Handelsbrauch den nicht erklärten Parteiwillen ersetzen? Die Antwort kann nur lauten: nein.

3. Wie ist das Verhältnis des Handelsbrauchs zur Dispositivnorm im Konfliktsfalle? Die Antwort kann nur lauten: er hat ihr zu weichen.

Bringt man diese drei Sätze nun in Beziehung zu einander — wie oben geschehen —, so kommt man zu dem dort angegebenen Schluß.

II. Grenzen, die § 138 BGB. der Festsetzung von AGB. zieht.

§ 8. Wann verstoßen AGB. gegen „die guten Sitten"?

„Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig." (§ 138.)

Eine eingehende Behandlung der Bedeutung des § 138 für unser Problem rechtfertigt sich durch die Natur der Norm selbst. Gibt doch die Frage, wann denn eigentlich ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, zu so vielen Problemen Anlaß, daß sie immer wieder Gegenstand difficilster Untersuchungen in Wissenschaft und Rechtsprechung ist.

Für die hier zu behandelnde Frage, wann der Inhalt von AGB. gegen die guten Sitten verstößt, und welche Folgen sich daraus rechtlich ergeben, ist nun zunächst — wie zu

24) Senckpiehl a. a. O., S. 57.

Anfang des vorangegangenen Abschnitts — folgendes festzustellen:

AGB. sind keine Rechtsgeschäfte. Daher kann auch aus dem § 138 an sich keine Grenze bei ihrer Festsetzung hergeleitet werden. Erst wenn auf der Basis von AGB., die unsittliche Bestimmungen enthalten, Verträge abgeschlossen sind, wird das Problem akut. Also nur mit Rücksicht auf die Bedeutung des § 138 für die Rechtsgültigkeit dieser Verträge kann davon gesprochen werden, daß die genannte Bestimmung eine Grenze für die Festsetzung von AGB. bildet.

Ob ein Rechtsgeschäft sittenwidrig ist, oder nicht, ist nach dem Gesamtcharakter des Geschäfts zu entscheiden. Der Begriff enthält ein objektives und ein subjektives Moment[25]).

Ersteres bezieht sich auf Inhalt und Gegenstand des Vertrages. Hier sind alle Umstände zu berücksichtigen, die den Vertragsschluß vorbereiten, begleiten und bei der Erfüllung mitwirken.

Das subjektive Moment betrifft die angewandten Mittel, den verfolgten Zweck und die Motive des Vertragsschlusses. Jedoch ist festzuhalten, daß die Motive nur dann für die Frage der Sittenwidrigkeit von Belang sind, wenn sie den Inhalt des Rechtsgeschäfts entscheidend beeinflußt haben.

Das subjektive Moment bedarf der Prüfung erst, wenn sich der Vertrag objektiv als einwandfrei erwiesen hat.

Eine Sittenwidrigkeit liegt in der Regel nur vor, wenn beide Kontrahenten gegen die guten Sitten verstoßen[26]), d. h. beider Handlungen dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden"[27]) nicht entspricht, „der Rechtsmoral", wie Nipperdey sich ausdrückt, das ist: „die Mindestforderungen, die die heute geübte Moral des deutschen Volkes für das Handeln der Rechtsgenossen aufstellt"[28]).

Einseitiger Verstoß gegen gute Sitten berührt die Gültigkeit des Geschäfts gewöhnlich nicht. Hier hat der Kon-

---

25) Hierfür und für das folgende: Staub-Könige: Anhang zu § 346, Anm. 2.

26) RG. **99** S. 108. — Staub-Könige: a. a. O.

27) RG. **48** S. 124 ff.

28) Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag. S. 61.

trahent nur die Möglichkeit, gemäß § 119II oder § 123 BGB. anzufechten [29]).

Nur ausnahmsweise kann einseitiger Verstoß die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes herbeiführen: wenn er nämlich geeignet ist, den Inhalt des Rechtsgeschäftes selbst zu einem unsittlichen zu machen [30]).

Dieser Tatbestand ist bei den sogenannten Knebelungsverträgen gegeben [31]). Darunter versteht man Verträge, durch die ein Kontrahent gezwungen wird, sich Bestimmungen zu unterwerfen, die ihn wirtschaftlich vernichten, oder seine wirtschaftliche Freiheit in einer Weise einengen, die einer Vernichtung gleichkommt.

AGB. werden einseitig aufgestellt, um für künftige Verträge als Basis zu dienen. Da nur die Frage interessiert, ob ein auf der Basis von AGB. abgeschlossener Vertrag mit Rücksicht auf eine unsittliche Bestimmung derselben nichtig ist, muß gerade hier der gekennzeichnete Ausnahmefall — Nichtigkeit wegen einseitigen Verstoßes gegen die guten Sitten — vorliegen; denn bei beiderseitigem Verstoß gegen das Sittengesetz würde die Nichtigkeit des Vertrages ihren Grund in dem unsittlichen Kontrahierungswillen der Parteien haben, nicht aber in der Unsittlichkeit einer Bestimmung der einseitig festgesetzten AGB.

Da es nun im Belieben der Kontrahenten liegt, ob sie sich den AGB. unterwerfen wollen oder nicht, so kann ein derartiger Fall nur gegeben sein, wenn tatsächliche Verhältnisse einen Kontrahenten hindern, seinen freien Willen den AGB. gegenüber zum Ausdruck zu bringen. Dieser Tatbestand ist gegeben, wenn das Publikum gezwungen ist, zur Befriedigung wichtiger wirtschaftlicher Bedürfnisse mit einem Kontrahenten Verträge einzugehen, der in seiner Branche ein Monopol besitzt. Benutzt dieser Monopolinhaber seine wirtschaftliche Machtstellung in einer Weise, daß dem durch die Verhältnisse zum Vertragsschluß gezwungenen Publikum durch AGB. Nachteile aufgebürdet werden, die der Rechtsmoral widersprechen, so sind die abgeschlossenen Verträge bereits ihrem Inhalte nach infolge einseitigen Verstoßes gegen das Sittengesetz nichtig.

29) Staub dazu a. a. O.

30) Staub-Könige a. a. O.

31) Staub dazu: Anhang zu § 346, Anm. 16 *b* und 35.

Dieser Sachverhalt liegt vor, wenn die Monopolinhaber den Kontrahenten gegenüber, die auf sie angewiesen sind, sich in den AGB. freizeichnen von Verpflichtungen, die ihnen durch Gesetzesnorm auferlegt sind[32]), wie z. B. von der Haftung für den Erfüllungsgehilfen, der Sachmängelhaftung, Festsetzung einer Haftung nur in bestimmter Höhe usw. — Fälle, die bereits oben in anderem Zusammenhange behandelt sind. Es ist dort bereits hervorgehoben worden, daß Derartiges vom RG. ausdrücklich an sich für zulässig erklärt ist[33]). Nur dann können solche Freizeichnungen das Geschäft zu einem unsittlichen machen, wenn, wie das RG. sagt, „dem Verkehr unbillige, unverhältnismäßige Opfer auferlegt werden"[34]) und so ein „Zustand geschaffen wird, den die Rechtsordnung nicht zulassen kann".[35])

Ob das zutrifft, kann immer nur von Fall zu Fall entschieden werden. Es ist vom RG. mit Recht immer wieder zum Ausdruck gebracht, daß bei der Prüfung dieser Frage zu berücksichtigen ist, daß gerade oft z. B. eine Herabsetzung der Haftungsverpflichtung im Interesse des Kunden liegen kann[36]). Wird doch dem Unternehmer in der Spediteurbranche auf diese Weise ermöglicht, die Frachten niedrig zu halten und so im hohen Maße fördernd auf die Produktion einzuwirken. Insbesondere ist eine derartige Haftungsbeschränkung nicht zu beanstanden, wenn das Publikum die Möglichkeit hat, sich anderweitig z. B. durch Versicherung vor Verlusten zu schützen. Vielfach wird eine solche Versicherung auf Antrag des Kunden von dem betreffenden Unternehmer selbst besorgt.

Ferner ist im Auge zu behalten, daß die Erstrebung einer Monopolstellung als solche nicht zu beanstanden ist[37]). Es ist als berechtigte Warnehmung wirtschaftlicher Interessen anzuerkennen, daß Unternehmerkreise sich zusammenschließen. Erst, wenn die Monopolstellung dazu benutzt wird, das Publikum in ungerechtfertigter Weise auszunutzen, kann von einer Knebelung desselben die Rede sein.

---

32) Staub-Könige a. a. O., Anm. 36.
33) Siehe Anm. 1 und 2 auf Seite 20.
34) RG. **99** 112.
35) RG. **99** 109. Aehnlich in RG. **115** 219.
36) Insbesondere RG. **99** 110.
37) RG. **118** S. 91.

Andererseits ist zu beachten, daß eine Monopolstellung nicht erst dann vorhanden ist, wenn alle Unternehmer einer bestimmten Branche in einer Vereinigung, die gemeinsame AGB. ausarbeitet, zusammengeschlossen sind. Es genügt, wenn eine derartige Vereinigung alle diejenigen Unternehmungen umfaßt, die infolge der Einrichtung ihres Geschäftsbetriebes allein dem Publikum die Gewähr für ordnungsmäßige Erledigung ihrer Aufträge geben, und andererseits infolge ihrer pekuniären Situation allein Sicherheit für die Haftung aus etwaiger Verletzung der abgeschlossenen Verträge bieten. Mit Recht hat das RG. gerade diesen Gesichtspunkt in den Vordergrund gestellt[38]). Senckpiehl weist demgegenüber darauf hin, daß z. B. in der Spediteurbranche ein Monopol weder besteht, noch bestehen kann[39]). Einmal gäbe es keine einzige Spediteurvereinigung, die alle oder auch nur die wichtigsten Unternehmungen umfasse. Insbesondere aber könne gerade in dieser Branche auch der Sache nach kein Monopol existieren, da Lastkraftwagen, Rollfuhrwerke und dergleichen von jedem Kaufmann angeschafft werden könnten, tatsächlich auch von den meisten selbst mittleren Kaufleuten gehalten würden und außerdem eine große Auswahl von Fuhrhaltern zur Verfügung stände, die ihre Gespanne vermieteten, abgesehen von Gepäckträgern und selbst dem Kleinkaufmann in aller Regel zur Verfügung stehenden Karren, Handwagen und dergleichen.

Gerade dieser Hinweis Senckpiehls scheint mir auf das Deutlichste die Richtigkeit der Ansicht des RG.'s zu erhärten. Denn alle aufgeführten Transportmöglichkeiten sind teils Hilfsmittel für Notfälle, teils — wie bei den eigenen Transportmitteln großer Firmen, auf Großunternehmungen beschränkt — Spezialfälle also, die keinen Schluß auf Gesamtbedürfnisse zulassen. Die ganzen Beispiele schaffen die Tatsache nicht aus der Welt, daß der Verkehr auf modern eingerichtete, zahlungskräftige Spediteurunternehmungen angewiesen und daher einer wirtschaftlichen Notlage ausgesetzt ist, wenn gerade diese Unternehmungen sich zusammenschließen und dem Publikum AGB. auferlegen, die einseitig in einer über das zulässige Maß hinausgehenden Weise die Interessen der Unternehmer berücksichtigen.

38) RG. **115** 218.

39) Senckpiehl: Allgem. Geschäftsbedingungen, S. 68, 69.

Es macht selbstverständlich keinen Unterschied, ob die Monopolstellung in der Hand einer Einzelperson liegt und von ihr oder von einem Konditionen-Verbande, einem Kartell oder Trust durch Aufstellung unbilliger AGB. ausgenutzt wird. Der Tatbestand ist überall der gleiche.

§ 9. Der Kontrahierungszwang als Korrelat[40]) des Monopols und seine Bedeutung für das vorliegende Problem.

Ist auf der Basis solcher AGB. von dem widerstrebenden aber durch die Verhältnisse gezwungenen Kontrahenten ein Vertrag geschlossen, so sind alle Bestimmungen dieses Vertrages, die auf einer unsittlichen Bestimmung der AGB. beruhen, wegen § 138 BGB. nichtig, und mit ihnen gem. § 139 BGB. grundsätzlich der ganze Vertrag. Nur ausnahmsweise soll nach der genannten Bestimmung der übrige Teil des Vertrages von Bestand bleiben, „wenn anzunehmen ist, daß es (das Rechtsgeschäft) auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde".

In unserem Falle liegen die Dinge nun so, daß der Kontrahent — seinem wirtschaftlichen Bedürfnis entsprechend — den Vertrag jedenfalls gewollt hat; der Monopolinhaber dagegen wahrscheinlich nicht; sind doch gerade die von der Nichtigkeit ergriffenen Teile des Vertrages für ihn von ganz besonderer Wichtigkeit. Hier wird nun aber von Wissenschaft und Praxis neuerdings die Auffassung vertreten, daß der Wille des Monopolinhabers durch eine für ihn bestehende Kontrahierungspflicht ersetzt werde[41]). Das RG. begründet diese Auffassung,

40) Dieser Ausdruck wird auch von Wimpfheimer: „Kontrahierungszwang für Monopole", ein Aufsatz, der bei Ausarbeitung der Dissertation noch nicht vorlag, gebraucht (Kartell-Rundschau 1929. Heft 1, S. 13 und 28).

41) RG. **99** 109. RG. **48** 127. Andeutungsweise auch **62** 266, **79** 229. Staub-Könige a. a. O., Anm. 35. Oertmann: Kommentar zum BGB., 5. Aufl. Schuldverhältnisse. 2. Teil, Ausgabe 1929. Anm. 5. Aehnlich auch: Könige-Teichmann-Köhler: Kommentar zum HGB. zu § 346, Anm. 4, zu § 347, Anm. 7*a*. Biermann: Rechtszwang zum Kontrahieren. Iherings Jahrb. Bd. XXXII, S. 267 ff. Wimpfheimer: Kontrahierungszwang für Monopole, in Kartell-Rund-

indem es sagt: Die Monopolstellung lege dem Inhaber derselben die Pflicht auf, die Kontrahenten gleichmäßig zu behandeln. Wer in der Lage sei, die Befriedigung bestimmter wirtschaftlicher Bedürfnisse allein zu gewährleisten, dürfe sich nicht einem ihm gemachten Vertragsangebot entziehen. Die Monopolstellung schließe die Abschlußfreiheit für den Kontrahenten aus. Daher bestehe für den Monopolinhaber ein Kontrahierungszwang, als das billigerweise zu fordernde Korrelat für den Ausschluß der grundsätzlich bestehenden Vertragsfreiheit auf Seiten des Publikums. Diese Pflicht ergebe sich aus § 3 Satz 1 des Reichspostgesetzes für das rechtliche Monopol der Post, aus dem § 453 HGB. für das tatsächliche Monopol der Reichsbahn. In jedem anderen Falle eines tatsächlichen Monopols sei dasselbe anzunehmen [42]).

Daraus würde also folgen, daß der abgeschlossene Vertrag trotz eines nichtigen Teiles mit Rücksicht auf § 139 BGB. 2. Halbsatz von Bestand bliebe. Anstelle der ungültigen Bestimmung müßte dann mangels Parteivereinbarung die entsprechende Dispositivnorm treten. Gibt es keine, so würde ein etwaiger Handelsbrauch als fingierter Parteiwille zum Zuge kommen. Bei einer Konkurrenz zwischen Handelsbrauch und Dispositivnorm würde — wie im vorigen Abschnitt dargelegt — der Handelsbrauch hinter der Dispositivnorm zurückstehen.

Angesichts der Tatsache nun, daß im Privatrecht — durch die RV. im Art. 152 verankert — Vertragsfreiheit herrscht, läßt dieser Schluß — so sehr er vom Standpunkt des gesunden Menschenverstandes einleuchtet — den Hinweis vermissen, aus welcher positiven Bestimmung des Gesetzes man ihn juristisch ableitet. Mit dem Hinweis auf die Vorschriften des § 453 HGB. und des § 3 des Reichspostgesetzes ist es nicht getan. Handelt es sich hier doch um Ausnahmebestimmungen, die nicht zur Analogie herangezogen werden dürfen. Andererseits ist es offenbar unmöglich, im

---

schau 1929, Heft 1, S. 1 ff. Isay: Kontrahierungszwang für Monopole? in Kartell-Rundschau 1929. Heft 7, S. 373 ff. Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, Bd. I. 2. Aufl., 23.—27. Herausgabe. 1927. § 465 I, 2 b. RGR. Kommentar zum BGB.: Vorbemerkung zum 25. Titel, Nr. 6 II.

42) RG. **99** 109.

ßege freier Rechtsfindung in bestimmten Fällen einen rundpfeiler unseres Rechtssystems aus dem Wege zu iumen.

Auch in den neuen Auflagen unserer großen Kommenire wird diese Ansicht des RG. vertreten, ohne daß der eforderte Hinweis auf eine positive Rechtsnorm, aus der n Kontrahierungszwang zu folgern wäre, geführt wird[43]).

Und doch bietet unser positives Recht uns eine Handhabe ierzu im § 826 BGB.[44]).

In dieser Vorschrift wird ein Schadensersatzanspruch us einer Handlung, die wider die guten Sitten verstößt, ergeleitet. Daraus ist zu folgern, daß eine derartige Handing vom Gesetz als rechtswidrig angesehen wird; denn nur ine rechtswidrige Handlung kann zu einem Delikt im inne der §§ 823 ff. BGB. führen.

Nun steht fest, daß der Begriff Handlung positives un und Ueberlassen gleichzeitig umfaßt. Auch durch eine nterlassung also, die gegen die guten Sitten verstößt, ist in Schadensersatzanspruch gem. § 826 begründet. Da nun ach übereinstimmender Ansicht von Wissenschaft und Rechtprechung eine Unterlassung rechtlich nur von Bedeutung st, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestand, so muß us der Fassung des § 826 weiter gefolgert werden:

Es besteht die rechtliche Pflicht zum Tun, wenn ein Nichthandeln in bestimmtem Falle gegen die guten Sitten erstoßen würde.

Das bedeutet für unser Problem: Das Publikum ist wecks Befriedigung wichtiger wirtschaftlicher Bedürfnisse um Vertragsabschluß mit dem Monopolinhaber gezwungen.

---

43) z. B. Staub-Könige, Anm. 35.

44) Diese und folgende Ausführungen schließen sich an Nipperdey: a. a. O., S. 54 ff. an. Siehe auch Wimpfeimer a. a. O.: Er lehnt die Ableitung des Kontrahierungswanges aus § 826 BGB. ab (S. 5), leitet ihn aber aus Grundrinzipien des Rechtes her. Im Gegensatz zu ihm bestreitet Isay . a. O. das grundsätzliche Bestehen eines Kontrahierungszwanges ür Monopole. Er gibt jedoch zu, daß er in Ausnahmefällen stattaft sei, dann aber aus § 826 BGB. auf dem von Nipperdey ezeigten Wege abgeleitet werden müsse und könne. (Isay a. a. O. . 374, 375, 379.)

Es würde gegen die guten Sitten verstoßen, wenn der Monopolinhaber den Abschluß eines Vertrages zu Bedingungen, die unserer Rechtsauffassung und den Anschauungen des Verkehrs entsprechen, verweigern würde. Es besteht daher für ihn eine Rechtspflicht zum Handeln, d. h. zum Vertragsabschluß.

Sind also einzelne Teile des auf Grund AGB. abgeschlossenen Vertrages gem. § 138 nichtig, so fällt deswegen nicht der Vertrag als Ganzes gem. § 139 hin, da der Tatbestand des § 139 zweiter Halbsatz — ein entgegenstehender Wille der Parteien — als vorhanden angesehen werden muß. Denn der Kontrahent ist seiner wirtschaftlichen Lage nach auf die Erhaltung des Vertrages zu billigen Bedingungen angewiesen, sein Wille also selbstverständlich darauf gerichtet, daß der Vertrag erhalten bleibt. Der Monopolinhaber ist seinerseits, da eine Rechtspflicht zum Handeln für ihn besteht, gehalten, anstatt der wegfallenden Vertragsbedingungen andere, der Rechtsmoral entsprechende treten zu lassen. Ein entgegenstehender Wille kommt nicht in Betracht[45]).

Er kann sich dieser Rechtspflicht nur dadurch entziehen, daß er sein Monopol aufgibt, d. h. sein Unternehmen schließt. Indes wird ein Wille des Unternehmers, der dahin ginge, lieber den Betrieb zu schließen, als der Kontrahierungspflicht entsprechend an die Stelle einer wegen § 13 nichtigen Vertragsbestimmung eine andere treten zu lassen, nicht anzunehmen sein.

Gegen die Ableitung des Kontrahierungszwanges aus § 826 könnte eingewandt werden, daß diese Bestimmung die rechtliche Folge des Schadensersatzes daran knüpft, daß bereits eine wider die guten Sitten verstoßende Handlung *begangen ist*, während in den behandelten Fällen die unsittliche Handlung (Unterlassung), die in dem ev. Nichtabschluß auf einer anderen als der in den AGB. angegebenen Basis liegt, *erst droht*.

Der Einwand greift deshalb nicht durch, weil es nicht der Sinn des Gesetzes sein kann, daß man abwarten müsse, bis die drohend bevorstehende Schadenszufügung tatsächlich

---

45) Nipperdey a. a. O., S. 100 und Anm. 3 daselbst

ingetreten ist[46]). Aus der Fassung des Gesetzes ist vielmehr zu entnehmen, daß es den Tatbestand der unmittelbar evorstehenden Gefahr einer Schadenszufügung durch eine gegen die guten Sitten verstoßende Unterlassung notwendig mitumfaßt. Auf dieser Erwägung baut die Konstruktion des RG. auf, das aus § 826 gegebenenfalls eine Unterlassungsklage herleitet — eine Frage, die hier nicht weiter interessiert.

Da hier nur das Problem zu behandeln ist, wie der Kontrahierungszwang aus dem positiven Recht abgeleitet werden kann, so braucht nur kurz skizziert zu werden, welches Recht § 826 zur Durchführung dieses Zwanges gibt:

Wir sahen, daß eine Rechtspflicht zur Schadensverhinderung besteht, wenn durch Nichtkontrahieren jemandem in einer wider die guten Sitten verstoßenden Weise ein Schaden zugefügt werden würde. Der Schaden kann nur dadurch verhindert werden, daß der solchenfalls Verpflichtete kontrahiert. Wie nun, wenn er dieser Rechtspflicht nicht nachkommt?! Dem Berechtigten ist mit der Feststellung, daß sein Gegner die bezeichnete Verpflichtung hat, nicht geholfen, insbesondere auch nicht damit, daß man ihn mit der Schadensersatzklage aus § 826 nach erfolgter Schädigung vertröstet. Aus der Tatsache, daß der § 826 in den bezeichneten Fällen eine Kontrahierungspflicht festzustellen gestattet, muß vielmehr weiter gefolgert werden, daß die Norm auch die Realisierung dieser Verpflichtung ermöglicht. Das ist aber nur denkbar, wenn man dem Gegner des Kontrahierungspflichtigen einen klagbaren Anspruch auf Vertragsschluß zuerkennt, so daß die hierzu notwendige Erklärung seines Partners gem. § 894 ZPO. durch die Rechtskraft eines dahin ergangenen Urteils ersetzt wird. Zwar gibt der § 826 direkt nur eine Schadensersatzklage. Wollte man aber die Möglichkeit, aus der Norm gegebenenfalls einen Anspruch auf Kontraktschluß abzuleiten, leugnen, so würde man mit der einen Hand nehmen, was man mit der anderen gegeben hat. Die Handlungsklage ist die notwendige Folge der Kontrahierungspflicht. Läßt

46) Nipperdey a. a. O., S. 57. Eltzbacher: Die Unterlassungsklage, 1906, S. 111. Besonders Oertmann: Kommentar zum BGB., 5. Aufl. Schuldverhältnisse. 2. Teil. Ausgabe 1929. Anm. 5.

sich diese aus § 826 herleiten, was ich im Vorausgegangenen erwiesen zu haben hoffe, so ist auch jene gerechtfertigt.

Zu prüfen bleibt dagegen noch, ob ein Verstoß gegen gute Sitten durch Unterlassung allein genügt, um den Kontrahierungszwang aus § 826 herzuleiten, oder ob der Vorsatz hinzukommen muß, durch die Unterlassung dem Kontrahenten einen Schaden zuzufügen. Die Fassung des § 826 scheint dieses zweite Tatbestandsmoment zu fordern.

Wir haben nun gesehen, daß gemäß § 826 jemand nur dann zum Handeln verpflichtet ist, wenn die Unterlassung der Handlung gegen die guten Sitten verstoßen würde. Dabei ist der Tatbestand immer, daß jemand weiß, er werde durch die Unterlassung in einer nicht mit der Rechtsmoral in Einklang stehenden Weise einem andern einen Schaden zufügen, dennoch aber nicht handeln will, um sich sonst nicht zu erreichende Vorteile zu sichern. Der durch Unterlassung begangene Verstoß gegen die guten Sitten schließt daher begrifflich bereits den Vorsatz, einen Schaden zuzufügen, in sich. Der vom § 826 geforderte Tatbestand ist also gegeben [47]).

Für die aus § 826 herzuleitende Unterlassungsklage vertritt denn auch das RG. in seinen neueren Entscheidungen diesen Standpunkt [48]). Die herrschende Lehre hat sich ihm angeschlossen [49]). Unterlassungsklage und Kontrahierungszwang werden aber beide mit derselben Begründung aus § 826 abgeleitet. Sie unterscheiden sich nur dem Grade nach in ihrer Wirkung. Die Auffassung des RG. kann daher auch zur Stützung der vorgetragenen Ansicht bezüglich des Kontrahierungszwanges angeführt werden.

B. Grenzen, die sich aus der Kartellverordnung ergeben.

II.

§ 10. Prüfung der einzelnen Vorschriften der Kartellverordnung auf ihre Bedeutung für das vorliegende Problem.

Am 2. November 1923 erging die Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen. Damit ist

47) Nipperdey, a. a. O., S. 67.

48) RG. **60** 6, **61** 370, **78** 210 in JW. 1916, S. 739, Nr. 4.

49) Planck, 3. Aufl. zu § 823 IV. 2, zu § 826, 3. Enneccerus, I. 2, S. 667 ff. § 65 I. 2.

also gerade das Problem, welches der vorige Abschnitt zum Gegenstande hat, besonderer gesetzlicher Regelung unterzogen. Es ist daher zu prüfen, ob und welche Bestimmungen dieser Verordnung der Festsetzung von AGB. Grenzen ziehen.

Gleich im § 1 der Verordnung ist von AGB. die Rede. Die §§ 2—9 setzen ferner den Tatbestand des § 1 voraus. Ergibt also die Prüfung des § 1, daß er für das zu behandelnde Problem von Bedeutung ist, so müssen es auch die folgenden §§ 2—9 sein. Muß die Frage verneint werden, so können auch die genannten Bestimmungen unberücksichtigt bleiben.

„Verträge oder Beschlüsse, welche Verpflichtungen über die Anwendung von Geschäftsbedingungen enthalten, bedürfen der Schriftform." (§ 1.)

Diese Bestimmung betrifft die Voraussetzungen für die Gültigkeit von Unternehmerzusammenschlüssen. Sie sagt über AGB. als solche nichts aus. Die Festsetzung von AGB. wird nur erwähnt als ein Beispiel unter anderen für den Inhalt der Verpflichtungen, die durch Verträge oder Beschlüsse von Unternehmern unter einander begründet werden können.

Da nun derartige Verträge — „Kartelle, Syndikate, Konventionen oder ähnliche Abmachungen", wie die Norm sagt — gemäß § 1 gerade Verpflichtungen begründen müssen, so kommt für § 1 nicht der Beschluß eines Unternehmerverbandes in Frage, der lediglich festsetzt, daß den Mitgliedern *empfohlen* werden soll, ihren Verträgen AGB. zugrunde zu legen. Ferner wird mangels Vorliegens eines Vertrages oder Beschlusses durch § 1 nicht der Fall berührt, daß ein Trust oder ein Einzelunternehmer AGB. aufstellt, um sie allen künftig abzuschließenden Verträgen zugrunde zu legen. Hiervon handelt § 10 der Kartellordnung.

Es ergibt sich demgemäß aus § 1, daß jedenfalls für die Festsetzung AGB. von Seiten eines Einzelunternehmers oder eines Trustes, ferner eines Verbandes, der AGB. lediglich seinen Mitgliedern empfiehlt, keine Grenzen herzuleiten sind.

Aber auch die Gültigkeit von Verträgen oder Beschlüssen, die bindende Verpflichtungen über die Festsetzung von AGB. für die beteiligten Unternehmer schaffen, ist na-

türlich für die rechtliche Bedeutung der einmal festgesetzten AGB. gleichgültig. Sie bleiben nach wie vor generelles Angebot des sich ihrer bedienenden Unternehmers. Es kommt daher, falls ein Vertrag oder Beschluß der im § 1 bezeichneten Art wegen Formmangels nichtig ist, einfach darauf an, ob sich irgendein an dem nunmehr nichtigen Vertrage früher beteiligter Unternehmer etwa ihrer dennoch bedienen will oder nicht. Tut er das, so werden die AGB. zum Inhalt jeden Vertrages, der auf dieser Basis abgeschlossen wird. Ueber die rechtliche Bedeutung einzelner Bestimmungen der AGB. für diese Verträge ist aus dem § 1 nicht das Geringste zu entnehmen.

Hier handelt es sich vielmehr wieder um die in den vorigen Abschnitten behandelten Probleme, d. h. darum, ob der so zustande gekommene Vertrag wegen Verstoßes gegen § 134 oder 138 vielleicht nichtig ist, welchen Einfluß für diese Frage Verkehrssitte und Handelsbrauch haben und endlich, ob bei Nichtigkeit einer Einzelbestimmung des Vertrages dann der ganze Vertrag hinfällt oder als Ganzes unter Abänderung der betreffenden Bestimmung gültig bleibt.

Gemäß § 1 der Verordnung sind Verträge und Beschlüsse der hier bezeichneten Art nichtig, wenn die Schriftform nicht gewahrt ist. Gemäß § 4 können sie vom Reichswirtschaftsminister (RWM.) — und in Verbindung mit § 16 auch vom Reichsernährungsminister (REM.) — für nichtig erklärt oder einem Mitglied das Recht fristloser Kündigung gewährt werden, wenn sie oder die Art ihrer Durchführung die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährden. Sie können gemäß § 8 unter den hier skizzierten Voraussetzungen fristlos gekündigt werden. Die §§ 2, 3, 5, 6, 7 und 9 enthalten Ausführungsvorschriften zu den §§ 1, 4 und 8. Sie alle betreffen lediglich den von mehreren Unternehmern gefaßten Beschluß oder von ihnen geschlossenen Vertrag, gemeinsam AGB. auszuarbeiten und verpflichtet zu sein, nunmehr auch tatsächlich diese AGB. allen künftig abzuschließenden Verträgen zugrunde zu legen. Aus ihnen können daher, wie erörtert, Grenzen für die Festsetzung von AGB. als solche nicht hergeleitet werden.

Wir haben nun gerade im vorhergehenden Abschnitt gesehen, daß die Aufstellung AGB. geeignet sein kann, „einen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen" darzustellen.

Müßte sich daher nicht zum mindesten aus den genannten Bestimmungen eine Grenze für die Festsetzung solcher AGB. herleiten lassen, die einen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung darstellen, weil sie von einem Unternehmerverbande aufgestellt sind, der auf Grund des in § 1 geforderten verpflichtenden Beschlusses eine Monopolstellung erlangt hat und diese Monopolstellung durch Haftungsbeschränkungen z. B. über das zulässige Maß hinaus ausnutzt?

Allein auch diese Frage ist wegen der Fassung des § 1 zu verneinen. Es ist in die genannten Paragraphen nicht der Tatbestand einbezogen, daß der in Rede stehende Vertrag oder Beschluß zu einer Monopolstellung geführt haben müsse. Er darf auch nach einstimmiger Auffassung der Wissenschaft nicht in die Bestimmung hineininterpretiert werden [50]) mit Rücksicht darauf, daß die Verordnung, wie ihre Ueberschrift sagt, sich gegen den „Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen" richtet. Es genügt, daß eine Vielheit von Unternehmern einen Vertrag oder Beschluß faßt, durch den sie sich Verpflichtungen der in § 1 bezeichneten Art auferlegen, um den Tatbestand des § 1 zu erfüllen. Von der Wissenschaft wird immer wieder darauf hingewiesen, daß man im § 1 eine Definition des Kartellbegriffes geben wollte und nun gerade, weil diese Begriffsdefinition sowieso zu den schwierigsten Fragen Anlaß gibt, es ängstlich vermieden hat, dieselbe dadurch übermäßig zu komplizieren, daß man allen sonstigen Elementen des Kartellbegriffes auch noch die Monopolstellung hinzufügte.

Ein untrüglicher Beweis für die Richtigkeit der dargelegten Auffassung ist m. E. in der Fassung des § 10 der Verordnung zu sehen.

Hier ist ausdrücklich der Fall behandelt, daß „Geschäftsbedingungen — geeignet sind, unter Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl zu gefährden". Hier ist denn auch die Folgerung der Rechtswirkung derartiger AGB. für die auf ihrer Basis abgeschlossenen Verträge gezogen.

---

50) Lucas a. a. O., Nr. 21. Friedländer: Kartellverordnung, S. 60. Breslauer-Tschierschky: System und Entwicklung des neuen Kartellrechts, S. 15. Isay-Tschierschky a. a. O. zu § 1, Anm. 5, S. 125.

Aus dieser Vorschrift ergibt sich, daß es gleichgültig ist, ob AGB. von einem Unternehmerverbande festgesetzt sind, dessen einzelne Mitglieder sich durch einen Vertrag oder Beschluß verpflichtet haben, die AGB. auch tatsächlich ihren Verträgen zugrunde zu legen, oder ob eine derartige Bindung nicht besteht. Daß es ferner nicht von Bedeutung sein soll, ob AGB. von einem Einzelunternehmer oder einem Trust bzw. Konzern festgesetzt sind [51]). Lediglich AGB., „die von einer obersten Reichs- oder Landesbehörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit angeordnet oder genehmigt sind oder deren Beanstandung unterliegen", sind gemäß § 19 der Regelung des § 10 nicht unterworfen.

Voraussetzung ist nur, daß die AGB. „geeignet sind, unter Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung die Gesamtwirtschaft oder das Gesamtwohl zu gefährden".

In dieser Vorschrift tritt also klar zutage, daß eine Grenze für die Festsetzung von AGB. als solche gezogen werden sollte in der Erkenntnis, daß gerade AGB. geeignet sein können, „den Mißbrauch einer wirtschaftlichen Machtstellung" herbeizuführen.

Hätte der Gesetzgeber auf dem Standpunkt gestanden, daß bereits aus den §§ 1—9 sich Grenzen für die Rechtswirksamkeit AGB., und zwar insbesondere solcher, die sich als „Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen" darstellen, herleiten ließen, so wäre die Regelung des § 10 überflüssig gewesen.

In dieser Norm ist mithin ein ganz neuer, in den bisher behandelten Bestimmungen nicht geregelter Tatbestand ins Auge gefaßt, der nach dem Vorausgegangenen für das zu behandelnde Problem allein in Frage kommt.

Die §§ 11—23 der Kartellverordnung sind nicht zu berücksichtigen, weil sie teils (§§ 11—15, 20) lediglich das Verfahren vor dem durch die Verordnung eingerichteten Kartellgericht, teils (§§ 17, 18) Strafvorschriften enthalten. Die Bedeutung der §§ 16 und 19 ist bereits skizziert.

---

51) Statt aller, Isay-Tschierschky a. a. O. zu § 10, Anm. 1.

II.

§ 10 der Kartellverordnung.

§ 11. Die rechtlichen Voraussetzungen des § 10 der Kartellverordnung.

Die Voraussetzungen des § 10 sind nun folgende:

1. Der Herausgeber von AGB. muß eine wirtschaftliche Machtstellung inne haben.

Machtstellung ist gleichbedeutend mit Monopolstellung[52]). Wann diese vorliegt, ist im wesentlichen Tatfrage. Es kann insoweit auf die Ausführungen oben S. 40 ff. verwiesen werden. Hier wie dort ist zu betonen, daß eine relative Monopolstellung genügt[53]). Relativ sowohl in dem Sinne, daß der Unternehmer selbst nicht ausschließlich eine Branche beherrscht, als auch in Ansehung des Publikums, d. h.: Es ist nicht erforderlich, daß die Befriedigung bestimmter wirtschaftlicher Bedürfnisse des Publikums im ganzen Deutschen Reiche nur durch eine bestimmte Unternehmung erfolgen kann, sondern es genügt, daß ein bestimmter, örtlich abgegrenzter Kundenkreis auf den Geschäftsverkehr mit einem bestimmten Unternehmen angewiesen ist.

Die Monopolstellung muß ferner eine wirtschaftliche[54]) sein. Es würde daher z. B. nicht genügen, wenn eine bestimmte Organisation politisch eine unüberwindliche Machtstellung ausübt, falls sie nicht auf das rein wirtschaftliche Gebiet ebenfalls entscheidenden Einfluß übt.

Dagegen ist es gleichgültig, worauf die Monopolstellung beruht. Hier können rein tatsächliche wie auch rechtliche Verhältnisse den Ausschlag geben. Letzteres z. B., wenn die Monopolstellung sich auf die Ausnutzung eines bestimmten Patentes oder das Eigentum an einem bestimmten Bergwerk gründet[55]).

---

52) Isay-Tschierschky zu § 10, Anm. 12.

53) Isay-Tschierschky a. a. O. Liefmann: Kartell und Trust, S. 5.

54) Liefmann a. a. O.

55) Liefmann a. a. O. und Friedländer a. a. O., S. 172.

2. Die AGB. (eine bestimmte Klausel) muß geeignet sein, eine Gefährdung[56]) der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls herbeizuführen.

Eine solche Gefährdung ist nur vorhanden, wenn eine ernsthafte Schädigung — d. h. also eine Schädigung von einschneidender Bedeutung für das Gemeinwohl oder die Gesamtwirtschaft — unmittelbar bevorsteht. Es genügt hier aber nicht, daß diese Schädigung sich später einmal vielleicht herausstellen kann, sondern sie muß als unmittelbar bevorstehend drohen.

3. Die Klausel der AGB. muß geeignet[57]) sein, eine derartige Schädigung herbeizuführen.

Das ist sie schon, wenn ihre allgemeine Anwendung zu Schädigungen führen würde. Es ist also nicht erforderlich, daß bei einmaliger Anwendung der Klausel in einem bestimmten Vertrage die Gesamtwirtschaft geschädigt würde, sondern es genügt, wenn eine generelle Anwendung erst diesen Tatbestand herbeiführen könnte.

Ferner ist aus dem Worte „geeignet" zu entnehmen, daß die Klausel so gefaßt sein muß, daß ihre Anwendung in aller Regel — also der Natur der Klausel nach — von Einzelfällen abgesehen, zu Schädigungen führt.

4. Die Klausel muß geeignet sein, die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl zu gefährden[58]).

Damit ist zunächst negativ zum Ausdruck gebracht, daß die privatwirtschaftliche Schädigung des Vertragskontrahenten außerhalb des Gesichtsfeldes zu bleiben hat. Erst, wenn die Natur der Klausel dazu führt, daß sie wegen der stets zu befürchtenden Schädigung jedes beliebigen Vertragskontrahenten zur Eliminierung der Privatrechtsordnung zugrunde liegender Grundsätze führt, kann von einer Gefährdung der Gesamtwirtschaft oder des Gemeinwohls gesprochen werden.

Dieser Satz führt bereits zu der Erkenntnis, daß die

---

56) Isay-Tschierschky a. a. O., Anm. 19. Dieselben zu § 4 und 5, Ziffer 1—2, und die dort angegebenen Schriftsteller.

57) Isay-Tschierschky a. a. O., Anm. 19, Ziffer 3 zu § 10.

58) Isay-Tschierschky a. a. O., Anm. 19, Ziffer 3 zu § 10.

genannten Begriffe öffentlich-rechtlicher Natur sind. Man könnte sich darüber streiten, ob sie sich vielleicht decken, und man daher die Formulierung des Gesetzes als unglücklich bezeichnen muß.

Aber m. E. lassen sich durchaus Fälle denken, in denen das Gesamtwohl, nicht aber auch die Gesamtwirtschaft, gefährdet ist.

Eine Unterscheidung darf allerdings nicht darin gesucht werden, daß man erklärt, das Gesamtwohl umschließe auch nichtwirtschaftliche Tatbestände, während die Gesamtwirtschaft, wie ja schon das Wort sagt, sich auf diese beschränke. Im Rahmen des § 10 ist diese Unterscheidung unzulässig, weil die Verordnung — wie ihre Ueberschrift besagt, — überhaupt nur wirtschaftliche Mißstände abstellen will.

Um die Unterscheidung zu finden, muß man von diesem mit der Verordnung verfolgten Zweck ausgehen.

Die durch die RV. in Art. 152 anerkannte Grundlage unseres Privatrechts ist die Vertragsfreiheit. Sie führt notwendig zum Prinzip der Wirtschaftsfreiheit, d. h. einer Wirtschaftsordnung, die durch keine gesetzliche Reglementierung gebunden ist. Die Wirtschaftsfreiheit soll auch Kartellen, deren Vorhandensein von der Verordnung selbst vorausgesetzt wird, nicht verkümmert werden. Nur, wenn die Machtstellung der Kartelle oder ähnlicher Verbände dazu führt, die Wirtschaftsfreiheit anderer Wirtschaftsindividuen einzuengen, will die Verordnung eingreifen.

Das kann in der Weise geschehen, daß Preise lebensnotwendiger Produkte wie z. B. Nahrungsmittel und Kohlen von dem sie vermittelnden Händlerverbande etwa in einer Weise hochgehalten werden, die dieser Organisation einen Verdienst ermöglichen, der über das zu billigende Maß hinausgeht. Hierdurch wird der Verbraucher gezwungen, sich Einschränkungen in der Befriedigung anderer Bedürfnisse aufzuerlegen, die er bei normalem Preise hätte befriedigen können. Das bedeutet eine Schädigung des Gemeinwohls, denn der Lebensstandard aller Volkskreise, von wenigen Ausnahmen abgesehen, wird dadurch herabgedrückt werden. Dagegen ist hiermit nicht unbedingt gleichzeitig eine Schädigung der Gesamtwirtschaft verbunden. Zwar werden in diesem Beispiel an sich die nicht mehr verfügbaren Geldbeträge anderen Wirtschaftszweigen entzogen. Daß aber die

Gesamtwirtschaft als solche Schaden leidet, ist nicht notwendig. Die eingetretene Depression zwingt vielleicht die Wirtschaft, sich nach moderneren, billigeren Produktionsmethoden umzusehen. Diese führen schließlich dazu, daß die Ware billiger hergestellt werden kann als früher und damit der Warenpreis wieder der Kaufkraft des Konsumenten, die durch Erhöhung der Kohlen- und Nahrungsmittelpreise geringer geworden war, angepaßt ist. Ist die Folge der Rationalisierungsmaßnahmen endlich, daß die Waren weiter verbilligt werden können, so wird am Ende ein größerer Absatz dieser Waren möglich sein als vor der Kohlen- und Nahrungsmittelpreiserhöhung. Diese gab den Anstoß für die geschilderte Entwicklung und hat so dem Gemeinwohl seinerzeit geschadet, der Gesamtwirtschaft dagegen direkt genützt.

Auch der Begriff „Gesamtwirtschaft" ist aus dem Prinzip der Wirtschaftsfreiheit zu verstehen. Es führt dazu, daß einzelne Wirtschaftszweige infolge der Veränderung der Verhältnisse arge Schäden erleiden oder sogar verschwinden. So ist z. B. der Handwerkerstand zurückgedrängt worden infolge der Erfindung der Maschine und bestimmte Berufszweige sind aus demselben Grunde ganz untergegangen. Derartige Verhältnisse liegen in der wirtschaftlichen Entwicklung der Dinge selbst begründet. Sie tragen letzten Endes zur Förderung der Gesamtwirtschaft bei.

Dagegen tritt eine Schädigung der Gesamtwirtschaft ein, wenn die Ursache der Zurückdrängung eines Wirtschaftszweiges oder Berufsstandes, der an sich lebensfähig ist und daher Existenzberechtigung hat, in der unzulässigen Ausnutzung eines Monopols zu suchen ist. Hier hat die Schädigung keine wirtschaftlichen Gründe mehr. Die Zurückdrängung oder Unterdrückung des betreffenden Wirtschaftszweiges kann nicht ohne Einfluß auf die Gesamtwirtschaft bleiben. Das Prinzip der Wirtschaftsfreiheit ist verletzt.

5. Auf der Basis dieser Klausel müssen ferner gewisse Verträge bereits abgeschlossen sein, oder der Monopolinhaber muß mindestens im Begriff stehen, derartige Verträge abzuschließen [59]). Letzten Falles ist der Tatbestand gegeben, daß

59) Isay-Tschierschky zu § 10, Anm. 13 und 14 und die dort angegebenen Schriftsteller.

die bezeichnete Gefahr unmittelbar drohend bevorsteht (siehe oben zu Ziffer 2). Diese Verträge müssen typische Klauseln enthalten[60]). Typisch ist eine Klausel aber nur, wenn derartige Verträge stets auf ihrer Basis abgeschlossen zu werden pflegen, d. h. es muß sich um eine Klausel handeln, die nach der Absicht dessen, der die AGB. festsetzte, unter allen Umständen in die zu schließenden Verträge aufgenommen werden soll.

6. Endlich muß man sich die Klausel als Ausnutzung der Monopolstellung darstellen[61]). Das bedeutet, daß die Klausel objektiv nur wegen der Monopolstellung möglich ist.

Ferner muß als subjektives Moment hinzukommen, daß der Monopolinhaber das Bewußtsein hat, seine Machtstellung zur Durchsetzung der Klausel auszunutzen. Das subjektive Moment muß nach herrschender Ansicht gefordert werden, weil der Tatbestand des § 10 inhaltlich dem des § 138 II BGB. gleicht. Hier wie dort ist von Ausbeutung der Notlage eines anderen die Rede. Letztere Bestimmung erfordert aber nach ständiger Rechtsprechung des RG. das Bewußtsein, die Notlage eines anderen auszunutzen.

§ 12. Folgen, die das Vorhandensein der durch § 10 geforderten rechtlichen Voraussetzungen nach sich zieht.

Erfüllt die Klausel einer AGB. die dargelegten Voraussetzungen, so ist der Reichswirtschaftsminister (RWM.) und gemäß § 16 der Reichsernährungsminister (REM.) berechtigt, beim Kartellgericht den Antrag auf Nachprüfung dahin zu stellen, ob die betreffende AGB. die Voraussetzung des § 10 erfüllt[62]).

Bejaht das Kartellgericht diese Frage, so hat es dahin zu erkennen, daß die Klausel „beanstandet" wird[63]). Das scheint dem Wortlaut des § 10 zu widerstreiten. Danach müßte die Entscheidung lauten: „Die benachteiligten Vertragsteile können von allen Verträgen zurücktreten". Diese

60) Isay-Tschierschky zu § 10, Anm. 15.

61) Isay-Tschierschky a. a. O., Anm. 18 und die dort angeführten Schriftsteller.

62) Isay-Tschierschky a. a. O., Anm. 20, Ziffer 1.

63) Isay-Tschierschky a. a. O., Anm. 24. Friedländer a. a. O., S. 173.

Formulierung würde aber unrichtig sein, weil das Rücktrittsrecht gemäß § 10 lediglich eine Folge der Entscheidung des Kartellgerichts ist, das nur zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen des § 10 vorliegen oder nicht.

Darauf ist die Entscheidung des Kartellgerichts öffentlich bekannt zu machen.

Gemäß § 10 VII kann das Kartellgericht die bereits erlassene Entscheidung nachträglich noch wieder abändern oder sogar aufheben, wenn die Voraussetzungen, auf denen die ergangene Entscheidung basierte, weggefallen sind. Eine Besonderheit liegt hier darin, daß das Kartellgericht diese neue Entscheidung von sich aus („von Amts wegen"), also ohne daß es eines dahingehenden Antrages von seiten des RWM. oder REM. bedürfte, fällen kann.

Wenn nun eine Entscheidung des Kartellgerichtes dahin ergangen ist, daß eine AGB. beanstandet wird, so knüpfen sich materiell hieran nachstehende Folgen:

1. Von Verträgen, die bereits vor Erlaß der Entscheidung auf der Basis der fraglichen Klausel abgeschlossen sind, können die benachteiligten Kontrahenten zurücktreten. Die Ausübung und der Inhalt des Rücktrittsrechtes ergibt sich aus den §§ 346 ff. BGB.

Voraussetzung für die Ausübung des Rücktrittsrechtes ist aber, daß die Verträge nicht bereits erfüllt sind[64]). Das ergibt sich allerdings nicht aus Absatz 1 des § 10, vielmehr ist eine derartige Bestimmung lediglich in Absatz 2 für erfüllte Teilleistungen aus Successivlieferungsverträgen aufgestellt. M. E. hätte es aber einer derartigen Vorschrift mit Rücksicht darauf schon nicht bedurft, daß der Rücktritt begrifflich das Bestehen eines Vertrages, von dem man zurücktreten kann, voraussetzt. Wenn aber von beiden Seiten erfüllt ist, so ist der Vertrag als solcher weggefallen, da er ja seinen Zweck erreicht hat. Daß nach Wegfall des Vertrages natürlich noch Ansprüche bestehen können, z. B. ein Schadensersatzanspruch aus verspäteter Lieferung, steht dem nicht entgegen.

Wenn aber zum Ueberfluß in § 10 II ausdrücklich die erwähnte Bestimmung getroffen ist, so ergibt sich daraus jedenfalls, daß beiderseitige Erfüllung eines einheitlichen Vertrages erst recht den Rücktritt ausschließt.

64) Isay-Tschierschky a. a. O., Anm. 27 zu S. 352.

2. Alle Verträge, die nach der Entscheidung des Kartellgerichts auf der Basis der beanstandeten AGB. abgeschlossen werden, sollen gemäß § 10 V ipso iure nichtig sein.

Hier findet sich der ausdrückliche Verweis auf § 139 BGB. — was wohl mit Rücksicht auf die Allgemeingültigkeit dieser Bestimmung überflüssig ist — d. h. die Gültigkeit des ganzen Vertrages soll dadurch nicht berührt werden, „wenn — anzunehmen ist, daß das Rechtsgeschäft (hier der Vertrag) auch ohne den nichtigen Teil, vorgenommen sein würde".

Dasselbe soll gemäß Abs. 1 des § 10 gelten, wenn der Vertrag bereits vor der Entscheidung des Kartellgerichts abgeschlossen ist. Die Partei kann dann nur insoweit vom Vertrage zurücktreten, „als er auf der beanstandeten Geschäftsbedingung beruht".

Nur insofern besteht ein Unterschied zwischen § 10 I Satz 2 und Absatz V, als der Rücktritt allein von der benachteiligten Vertragspartei und natürlich nur dem Kontrahenten gegenüber, die Nichtigkeit dagegen von beiden Kontrahenten und gegenüber jedermann geltend gemacht werden kann.

Streitigkeiten über die in Absatz 1 Satz 2 und Absatz 5 skizzierten Fragen sollen gemäß § 10 VI von den ordentlichen Gerichten entschieden werden. In diesen Prozessen wird dann wieder zu prüfen sein, ob sich nicht vielleicht nach den im vorigen Abschnitt gekennzeichneten Grundsätzen (oben S. 42 ff.) ein Kontrahierungszwang für den Monopolinhaber ergibt mit der rechtlichen Wirkung, daß an Stelle der weggefallenen Vertragsbestimmung eine Dispositivnorm oder ein Satz der Verkehrssitte oder des Handelsbrauchs zu treten hat.

§ 13. Verhältnis des § 10 der Kartellverordnung zu § 138 BGB.

Der Tatbestand des § 10 läßt die Frage offen, ob hier nicht eine weitgehende Konkurrenz mit dem § 138 BGB. besteht[65]). Denn sicherlich wird ein Vertrag, der gemäß § 10 Kartellverordnung unter Ausnutzung einer

65) Isay-Tschierschky zu § 10, Anm. 15 und Anm. 19, Ziffer 3. L. Wertheim, LZ. 1924, S. 683 ff. Isay: Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht. Mannheim 1922, S. 60.

Monopolstellung geschlossen ist und obendrein seinem Inhalt nach das Gemeinwohl gefährdet, auch gegen die guten Sitten verstoßen.

Indessen ist die durch diese Ueberlegung auf den ersten Blick scheinbar gerechtfertigte Annahme, daß beide Normen sich überschneiden, unrichtig.

Einmal unterscheiden sich beide Bestimmungen grundlegend dadurch, daß sie verschiedene Zwecke verfolgen. Der § 138 BGB. richtet sich gegen die Gültigkeit des auf der Basis einer AGB. abgeschlossenen Vertrages. Der Vertrag als solcher ist nichtig. Und, wie oben S. 37 ff. dargelegt, ist demgemäß nur mittelbar eine Grenze für die Festsetzung von AGB. aus § 138 BGB. herzuleiten.

Der § 10 dagegen hat die AGB. selbst im Auge. Sie selbst soll unter den Voraussetzungen des § 10 für unzulässig erklärt werden. Die Bestimmung enthält also eine unmittelbare Grenze für die Festsetzung von AGB. Das Rücktrittsrecht bzw. die Nichtigkeit des auf der Basis der AGB. abgeschlossenen Vertrages ist lediglich eine Folge der „Beanstandung" der Klausel selbst.

Ein weiterer grundlegender Unterschied liegt in der Anwendungsmöglichkeit beider Bestimmungen im Einzelfalle.

Der § 138 BGB. kommt nur zur Anwendung, wenn der Einzelvertrag positiv sittenwidrig ist.

Dagegen findet der § 10 schon dann Anwendung, wenn die AGB. als solche *geeignet* ist — d. h., wie oben S. 52 dargelegt, bei mehrfacher Anwendung — den im § 10 näher bezeichneten Schaden herbeizuführen. Ein auf Basis der AGB. abgeschlossener Einzelvertrag braucht also den Tatbestand, daß er, unter Ausnutzung einer Monopolstellung geschlossen, seinem Inhalt nach das Gemeinwohl oder die Gesamtwirtschaft gefährdet, als solcher noch nicht zu erfüllen.

Daraus ergibt sich, daß der § 10 für unser Problem eine viel einschneidendere Bedeutung hat, als der § 138 BGB. Er bietet eine Handhabe, in sehr weitgehendem Maße in Verträge einzugreifen. Gerade darin liegt aber auch die große Gefahr, daß die Vertragstreue durch den § 10 unheilvoll beeinflußt wird angesichts der vom Gesetz gebotenen Möglichkeit, von bereits abgeschlossenen Verträgen einseitig zurückzutreten.

Aus dieser Erkenntnis heraus hat denn auch der Gesetzgeber einer zu weitgehenden Anwendung dieser Möglichkeit durch Häufung von Voraussetzungen, an deren Vorliegen die Anwendung des § 10 geknüpft ist, vorzubeugen gesucht. Es dürften relativ seltene Fälle sein, in denen alle erfüllt sind.

Immerhin ist durch den § 10 dem Kartellgericht eine außerordentliche Verantwortung übertragen worden. Die weitgehenden Eingriffe in die Wirtschaft, zu denen § 10 eine Handhabe bietet, rechtfertigen denn m. E. auch die Forderung, daß bei der Prüfung der Frage, ob die Norm zum Zuge kommen soll, größte Vorsicht am Platze ist.

Derartige Erwägungen haben wohl auch dazu geführt, daß bisher seit Inkrafttreten der Verordnung nicht eine einzige Entscheidung auf Grund des § 10 ergangen ist. Mir ist es jedenfalls trotz eifrigen Suchens nicht möglich gewesen, eine derartige Entscheidung zu finden.

Allerdings haben zahlreiche Anträge auf eine solche Entscheidung dem Kartellgericht vorgelegen. Teils kam es gar nicht zur Eröffnung des Verfahrens, teils konnte dasselbe eingestellt werden, weil, soweit die Voraussetzungen des § 10 überhaupt vorlagen, sie nachträglich wieder weggefallen waren. Man hatte den Inhalt der betreffenden Klausel entsprechend geändert und in dieser veränderten Form in die abgeschlossenen Verträge aufgenommen.

Gerade aus dieser Tatsache scheint mir aber die große praktische Bedeutung des § 10 hervorzugehen: Seine bloße Existenz übt eine heilsame vorbeugende Wirkung aus. Und zwar in doppelter Hinsicht:

Einmal generell insofern, als Monopolinhaber mit Rücksicht auf die vorliegende Bestimmung, ihre AGB. in einer Weise abfassen werden, daß dem RWM. oder dem REM. kein Anlaß geboten wird, seinen Antrag gem. § 10 beim Kartellgericht zu stellen.

Andererseits wird, soweit dennoch eine gegen die in Rede stehende Norm verstoßende Klausel in AGB. irgendwelcher Monopolinhaber vorhanden ist, freiwillig eine Abänderung derselben erfolgen, wenn ein dem § 10 entsprechender Antrag beim Kartellgericht vorliegt, und auf diese Weise dem Monopolinhaber die Gefahr der im § 10 angegebenen Folgen einer die Klausel beanstandenden Entscheidung des Kartellgerichts droht.

C. Schluß.

§ 14. Der Zukunft überlassene Aufgaben hinsichtlich des behandelten Problems.

In der vorliegenden Arbeit sind die Vorschriften des positiven Rechtes gekennzeichnet worden, aus denen sich Grenzen für die Festsetzung von AGB. ergeben. Inhaltlich ist allen angeführten Normen — einschließlich des § 10 Kartellverordnung, der allein eine direkte Anwendung gestattet — gemeinsam, daß sie außerordentlich dehnbar sind. Operieren sie doch mit Begriffen, deren Bedeutung heute noch nicht in wünschenswerter Weise geklärt ist, — deren Anwendung im Einzelfalle oft genug fast unüberwindlichen Schwierigkeiten begegnet.

Angesichts dieser Tatsache möchte der Wunsch nach einer eindeutigen gesetzlichen Regelung gerechtfertigt erscheinen, — einer Regelung, die allen heute bestehenden rechtlichen Unklarheiten, unter denen die Wirtschaft naturgemäß schwer zu leiden hat, ein Ende macht.

Dennoch scheint mir, vorläufig wenigstens, eine derartige gesetzliche Regelung weder möglich noch wünschenswert zu sein. Die Bedeutung und Notwendigkeit AGB. für das heutige Wirtschaftsleben ist so groß, daß eine weitgehende Einengung ihres Aufgabenkreises sowohl wie ihrer Erlaßvoraussetzungen einen wirtschaftlichen Rückschritt heraufbeschwören müßte. Ein derartiges Gesetz würde aber, wenn es absolute Klarheit schaffen will, starke Einengungen für die Festsetzung von AGB. bringen müssen, weil ein konkreter einheitlicher Tatbestand niemals inhaltlich verschieden gelagerte Fälle umfassen kann. Gerade hierin liegt aber die große Schwierigkeit. Ist doch der Inhalt von AGB. den verschiedenen Branchen und demgemäß Bedürfnissen der einzelnen Unternehmungen entsprechend derartig ungleich, daß jede gesetzliche Regelung notwendigerweise

wieder Begriffe enthalten muß, die weitester Auslegung fähig sind. Dann ist aber der oben skizzierte Uebelstand nur noch ärger geworden.

Das ist aufs deutlichste an der Fassung des § 10 der Kartellverordnung zu erkennen, die den Versuch einer umfassenden Regelung in dem dargelegten Sinne gemacht hat. Es ist denn auch gerade der Vorwurf gegen sie erhoben worden, daß sie wohl weitgehende Eingriffsmöglichkeiten in die Wirtschaft geschaffen habe, wegen ihres kaum faßbaren Tatbestandes aber in keiner Weise eine Klärung der bestehenden Unsicherheiten gebracht, sondern diese vielmehr noch verstärkt habe. Oben ist bereits darauf hingewiesen worden, daß der eigentliche Wert des § 10 nur in seinem vorbeugenden Charakter liegt.

M. E. ist auf gesetzgeberischem Wege keine Möglichkeit vorhanden, hier wirklich fördernd einzugreifen. Vielmehr wird es Aufgabe der Wissenschaft sein, die in der Arbeit behandelten Probleme so zu durcharbeiten und zu klären, daß sich eine einheitliche feststehende Rechtsprechung unserer obersten Gerichte bezüglich aller einzelnen Fragen bilden kann. Dann würde nicht bloß die nötige rechtliche Sicherheit für die Wirtschaft geschaffen, sondern auch die Möglichkeit gegeben sein, neu auftauchenden Bedürfnissen der Wirtschaft durch entsprechende Auslegung der behandelten, mit dem Geist der Zeiten wandelbaren Vorschriften gerecht zu werden.

Lebenslauf.

Ich bin am 3. November 1903 in Beiershagen bei Damgarten in Pommern als Sohn des Rittergutsbesitzers David Thormann geboren. Im März 1922 bestand ich die Abiturientenprüfung in Bad Doberan an dem dortigen Gymnasium Friderico Francisisceum. Von 1922 bis Herbst 1925 war ich in der Landwirtschaft tätig. Ich studierte dann in Rostock bis zum März 1929 an der dortigen Universität Rechts- und Staatswissenschaften. Am 11. März 1929 bestand ich vor der Mecklenburg-Schwerinschen Prüfungskommission am Landgericht zu Rostock das Referendarexamen. Am 13. Juli 1929 bestand ich vor der Prüfungskommission der Universität zu Rostock das Doktorexamen. Seit dem Bestehen des Referendarexamens bin ich an Mecklenburgischen Gerichten als Referendar tätig.

gez.: David Thormann.